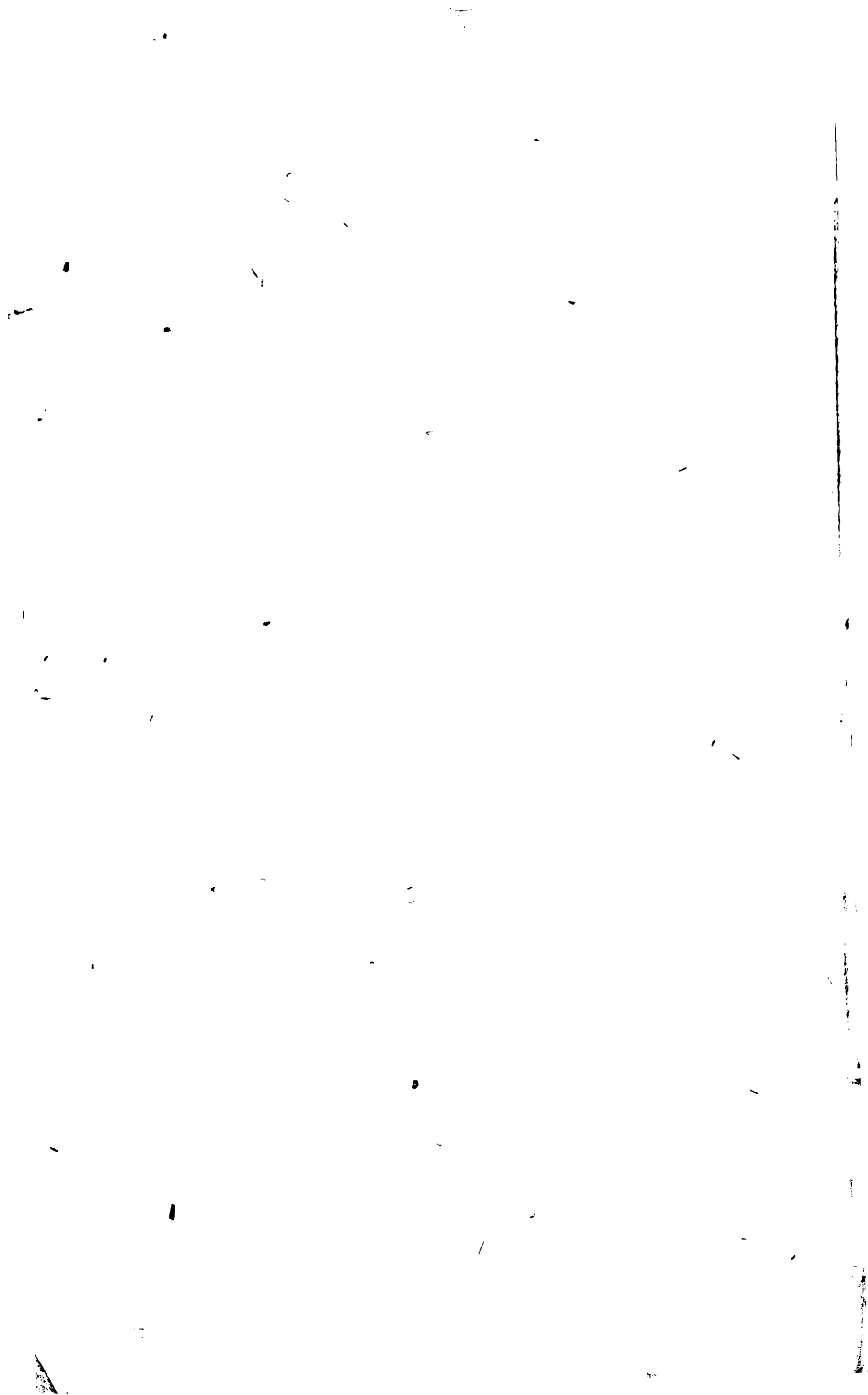

Biblioteka
U.M.K.
Toruń
010928
II





Zeitschrift

für

Theorie und Praxis

des

Preußischen Rechts

in seinem ganzen Umfange,

herausgegeben

von

Dr. Joh. Friedr. Ludw. Bobrik,

Königl. Preuß. Tribunalsrathe, der Königl. Deutsch. Gesellschaft zu Königsberg ordentl. Mitgliede,

und

Dr. Heinr. Friedr. Jacobson,

Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Königsberg.



Ersten Bandes

Erstes Heft.

Neumann

Marienwerder, 1834.

Bei Albert Baumann.



Vorwort.

„Unsere Theorie muß praktischer und unsere Praxis muß wissenschaftlicher werden, als sie bisher war.“

Dazu nach Kräften mit beizutragen, haben sich die Herausgeber dieser Zeitschrift zum Ziele gesetzt. Ob und wie weit dieses von ihnen erreicht werden könne, hängt von der Theilnahme ab, deren sich das Unternehmen zu erfreuen hat. Daher soll die Zeitschrift in zwanglosen Heften so oft erscheinen, als es Vorrath an Materialien und die Gunst des größern Publikums gestatten. Darum erlauben wir uns auch jeden tüchtigen Geschichtsforscher und Rechtskundigen, ganz besonders aber auch die praktischen Juristen unser's Vaterlandes zur Mittheilung geeigneter Beiträge hiermit einzuladen, damit die praktisch-wissenschaftliche Tendenz, welche wir unablässig im Gesichte behalten werden, mehr und mehr in diesen Blättern hervortrete.

*

Ueber den Plan selbst wird man am Besten aus dem Inhalte urtheilen können; doch bemerken wir, daß die zu liefernden Aufsätze unter folgende Rubriken fallen sollen:

I. Größere und kleinere Abhandlungen über ganze Lehren und einzelne Gesetze, so wie über die Geschichte des gesammten gemeinen und provinziellen Preußischen Rechts.

II. Miscellen und kleinere Bemerkungen, disputationes fori und antinomistische Zweifel, mit besondrer Rücksicht auf die Revision der Gesetzgebung.

III. Kritische Uebersichten der Gesammtheit aller sich auf die einzelnen Disciplinen des Preußischen Rechts beziehenden Schriften und der etwanigen dadurch gewonnenen Fortschritte für Wissenschaft und Anwendung.

Inhalt
des ersten Hefts.

I.

Ueber den Zusammenhang der Theorie und Praxis im gemeinen und Preußischen Rechte, nebst Bemerkungen über das Studium des letzteren und die Stellung des Richters bei Anwendung des Gesetzes.

Von

Jacobson.

»Grau, Freund, ist alle Theorie,
Und grün des Lebens goldner Baum«

Gewiß ein wahres Wort des ausgezeichneten Sängers, wenn es richtig gedeutet wird. Bloße Theorie in diesem Sinne, Lehre ohne Brauchbarkeit und Anwendung ist todt. Kann aber echte Theorie ohne Leben, ohne Frucht sein und bleiben?

Wenn schon im Allgemeinen zwischen der Theorie und Praxis irgend einer Wissenschaft eine bedeutende Differenz, ja selbst ein Gegensatz gesucht, angeblich auch gefunden wird, so ist dies in ganz besonderm Grade bei der Jurisprudenz der Fall. Genauere Erwägung zeigt aber das Unhaltbare

solcher Anname, und ergiebt vielmehr so wie den allgemeinen inneren nothwendigen Zusammenhang des Wissens und der Anwendung desselben bei jeder Disciplin, so ganz vorzüglich bei der Rechtswissenschaft. Wie können denn auch Grundsätze, welche als unmittelbares Resultat des Lebens der Völker erscheinen, welche ihrem ganzen Wesen nach dieses Leben zu regeln und zu richten bestimmt sind, todt, unpraktisch sein! 1)

Der so oft behauptete Gegensatz der Theorie und Praxis des Rechts 2) beruht meistens auf der falschen Anname, daß jene das rein Historische, oder Philosophische, diese das eigentlich Anwendbare (Praktische) als ihren Vorwurf zu betrachten habe. Diese Ansicht zerfällt indeß, wenn man den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz vollständig auffaßt 3): denn es zeigt sich dann, daß das Historische, das übrigens nicht mit dem sogenannten rein Antiquarischen identificirt werden darf, und das Philosophische 4) nur bestimmte

---

1) s. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts §. 210. »Die objective Wirklichkeit des Rechts ist, theils für das Bewußtsein zu sein, überhaupt gewußt zu werden, theils die Macht der Wirklichkeit zu haben, und zu gelten und damit auch als allgemein gültiges gewußt zu werden.«

2) Kant über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, mit besonderer Anwendung auf das Staats- und Völkerrecht, in Biester's Berliner Monatsschrift 1793. Band XXII. S. 201—284. (auch in Kant's kleinen Schriften herausgegeben von Starke. Leipzig 1833. S. 136 ff.) Genz ebendaselbst S. 518—554.

3) man vergl. meine kirchenrechtlichen Versuche. Erster Beitrag S. 1. ff. S. 143 ff., und außer den dort citirten Schriften noch Feuerbach (folg. Anm.), Niemeyer Antiwilibald. Vertheidigung der wissenschaftlichen Lehrmethode der Theologie (und Jurisprudenz). Halle 1825.

4) Feuerbach über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Landshut 1804. Biener über

einzelne Elemente im Rechte enthalten, keineswegs aber in ihrer Vereinzelung das Recht im Ganzen selbst, daß das Geschehene pragmatisch im Zusammenhange nachgewiesen nur zur Vermittelung, zum Verstehen und Begreifen des Bestehenden diene und dienen solle: „denn nur der Geisterpöbel steht gaffend vor dem, was ist, und sieht nichts weiter, und will nichts weiter sehen, als daß es ist: aber das wie? und das warum? hat jeder Geist von besserer Art sich vorbehalten." 5)

Die sogenannte Theorie des Rechts ist aber ein Ganzes, nämlich das aus der Geschichte in allen ihren Organen, so wie aus der Natur der einzelnen Rechtsinstitute, also geschichtlich - philosophisch entwickelte und bis zu seinem letzten Ergebnisse, bis zur Gegenwart fortgeführte System der Wissenschaft. Wer aber kann diesem das Prädikat des praktischen streitig machen, ohne zugleich die Summe der geltenden Rechtswahrheiten, eben Gegenstand der Theorie, für unpraktisch zu erklären? 6)

Man faßt daher diesen Gegensatz, der nun einmal gerechtfertigt werden soll, auch anders, und behauptet, Theorie ist der Complexus aller Rechtsbestimmungen, welche sich auf die Rechte und Verbindlichkeiten an sich selbst beziehen, Praxis aber die Gesammtheit der Festsetzungen über die Mittel, die Art und Weise, wie jene Grundsätze auf die vorkom-

---

die historische Methode im neuen Archiv des Criminalrechts. Band X. n. 19. n. 23., besonders S. 478 ff. meine Versuche. Zweiter Beitrag S. 4 f. vrgl. auch Anm. 49.

5) Feuerbach cit. S. 43. 44. Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 20 ff. (Leipzig 1829. 8)

6) Daß die Rechtswissenschaft ihrem Wesen nach praktisch sei, ist auch wohl eigentlich nie ganz geleugnet worden. Die Alten, welche θεωρητικὴ und πραγματικὴ (τέχνη) unterscheiden, rechnen unsere Wissenschaft zur letztern, und nennen die Juristen auch wohl schlecht-

menden Geschäfte und Fälle anzuwenden sind, 6a). Indeß selbst abgesehen davon, daß man den Unterschied hier eigentlich mit den Ausdrücken „theoretische und praktische Wissenschaft" bezeichnen sollte 6b), auch so wird der Einwand nicht gehoben, daß doch stets von Regeln für die Anwendbarkeit des Rechts, also von einer Theorie die Rede sei, nur freilich einer für das Leben bestimmten — und dies ist ja die gesammte Rechtswissenschaft. Ueberdies ist durch die Sonderung des Rechts an sich und des Mittels zur Vollziehung, keine durchgreifende Distinction für die Rechtsdisciplinen gegeben, in welchen sich im Einzelnen beide Beziehungen oft gar nicht von einander trennen lassen, wie dies ganz besonders im Strafrechte hervortritt 7).

Somit bliebe nur noch die Ansicht übrig, die Praxis höchst untergeordnet auf das rein Formelle, auf die bei Rechtsgeschäften nöthigen Kunstregeln zu beschränken 8), was jedoch keinesweges zulässig ist, da das Praktische durchaus nicht mit dem

---

hin πραγματικοί. (Cicero ad Attic. II, 20. de oratore I. 43. 49. (al. 45. 48.) Quinctil. II, 18. III, 6. § 58. 59. XII, 3 § 4). Späterhin haben auch die, welche auf die oben gemißbilligte Weise die Jurisprudenz scheiden, den praktischen Charakter derselben nicht verkannt. (Krug Versuch einer system. Encycl. der Wissenschaften §. 238. 271 und die weiter zu nennenden.) vergl. noch überhaupt Lipenius s. v. practica, praxis und theoria.

6a) Diese Erklärung ist die gewöhnliche, vergl. Pütter Encycl. §. 94 ff. Schott §. 23. 253 ff. Eisenhart die Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange §. 14. 105. ff. u. a.

6b) Eisenhart l. c. Gildemeister jurist. Encycl. §. 6.

7) Bemerkenswerth ist übrigens, wie die den Unterschied der praktischen und theoretischen Rechtswissenschaften behauptenden Juristen und Philosophen in der Sonderung der einzelnen Disciplinen von einander abweichen. Krug (Anm. 6 cit.) §. 272 rechnet z. B. die Hermeneutik zur Praxis.

8) Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 4. Anmerk. a. Hugo jurist. Encyclop. §. 37. (6. Ausg.).

blos oder überwiegend Mechanischen identificirt werden darf 9)

Alle diese Bedenken heben sich, wenn man den in der That ungegründeten Gegensatz der theoretischen und praktischen Rechtswissenschaften fallen läßt und den im Ganzen praktischen Charakter derselben anerkennend unter Praxis nichts anders, als die Anwendung der Theorie, als die in's Leben getretene, durch Subsumtion einzelner Fälle gebrauchte Wissenschaft versteht. Praxis ist die äußere Seite, der Körper der Theorie, ohne diese also eigentlich völlig undenkbar, oder wenigstens seelenlos, und rohe Masse, „nichts als eine Last für das Gedächtniß, ein trauriger abschreckender Schutthaufen roher und zertrümmerter Materialien, welche für den Staat nutzlos und der Vernunft ein Greuel sind." 10) Sie wird ohne Wissenschaft nur ein Kennen gewisser Gesetzesformeln 11), die aus bloßer Routine maschinenmäßig und mechanisch vorliegenden Datis angepaßt werden.

Zugleich zerfällt auch der so oft hervorgesuchte Gegensatz der bloßen Theoretiker und reinen Praktiker: denn der

---

9) Falck jurist. Encycl. §. 132. Anm. 89. (3. Ausg.). Mit Recht betrachtet aber Abegg (Encycl. und Methodol. S. 28 ff. S. 134) auch das sogenannte rein Praktische nicht, wie Falck (l. c. und §. 154) als bloße Hilfskenntnisse, sondern als integrirenden Theil der Jurisprudenz.

10) Feuerbach über Philos. und Empirie S. 68. Sehr wahr erinnert Herm. Vultejus (jurispr. forens. in den Prolegom) „Cognitio ut sine usu aliqua esse possit; vix tamen est, ut cuiquam nisi illi, qui rei cognitionem habet, utilis sit: at usus sine cognitione incertus, dixerim etiam, fere nullus." I. H. Böhmer de injusta theoriae et praxeos oppositione forensi (in den exercit. ad Pandectas n. X.) nennt §. 9 die Praxis von der Theorie entblößt: cadaver sine anima, hominem sine mente, monstrum deforme, et chaos perplexum." (vgl. exerc. n. XI.)

11) Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Celsus in l. 17 D. de legibus (l. 3.) f. Anm. 93.

wahre Praktiker muß ja zugleich stets Theoretiker sein 12), und dieser, wenn er nicht etwa durch Responsa oder auf andere Weise unmittelbar thätig in's Leben eingreift, ist auch schon praktisch beschäftigt, wenn er die Rechtsgrundsätze auf ideale Fälle, welche täglich eintreten können, anwendet. Er entscheidet mehr im Allgemeinen, in abstracto, in thesi, während der Praktiker im Besondern, in concreto, in hypothesi gleiche Urtheile abgiebt. 13).

Dagegen wird nun erinnert, es könne dennoch jemand ein tüchtiger praktischer Jurist ohne alle Theorie sein. Die neueren geschlossenen Gesetzgebungen hätten zur Genüge für den Richter gesorgt, und dieser dürfe sich nicht einmal auf die gemeinrechtlichen Vorschriften zur Motivirung seines Urtheis berufen. Das Studium der Theorie sei nur eine unnütze zeitraubende Quälerei: „Mit ausgestorbenen Sprachen, mit einem sogenannten Naturrecht, das an sich schon eine wissenschaftliche Absurdität sei, dann mit dem römischen

12) »Wem eine todte Masse von allerlei Formen und Begriffen, die kaum zum Auswendiglernen gut genug sind, genügt — der nenne sich doch ja keinen Rechtsgelehrten; er ist ein bloßer Lohnhandwerker den man, mit F. G. Schlosser zu reden, auf die Herberge weisen muß.« Mühlenbruch Entwurf des Civilprozesses (Halle 1827) S. XVI. Von handwerksmäßigen Juristen spricht auch Hugo Encycl. §. 36. 39. Ders. civilist Literärgesch. (3ter Versuch) S. 307.

13) Ueber die Vereinigung des theoretischen und praktischen Elements in der Person des Rechtsgelehrten spricht sich sehr schön Feuerbach in der mehrfach allegirten Schrift aus. Mit Recht warnt er vor jeder einseitigen Richtung, die immer nur ein Theil der ganzen Arbeit sein würde. (S. 35. l. c.) vergl. auch Feuerbach über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung (Vorrede zu Borst: über die Beweislast in Civilprozessen 1816 und in F. kleinen Schriften (Nürnberg 1833. 8) n. 5. und: Blicke auf die Deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzner's jurist. Abhandlungen 1810 und in den kleinen Schriften n. 6) Thibaut Theorie der logischen Auslegung (2te Ausg.) S. 33—35. vgl. Anm. 22.

Recht, für dessen Güte nur der Aberglaube spreche, endlich mit so vielen andern unbrauchbaren Disciplinen, die man Rechtswissenschaft nenne, würden die jungen Juristen auf unsern Universitäten geplagt" 14). Die unmittelbare Beschäftigung mit dem Landesrechte reiche vollständig für die Praxis hin.

Diese und andere hohle Behauptungen werden weiterhin in besondrer Anwendung auf das Preußische Recht ihre Beseitigung finden. Vorläufig sei nur bemerkt, das wenn jüngere Studirende hierbei das Urtheil älterer Männer aussprechen, die letzteren höchst undankbar vergessen, daß sie selbst, auf dem streng wissenschaftlichen Wege gebildet, erst fähig geworden sind, ihr Partikularrecht hinlänglich zu verstehen und anzuwenden. Auf die wissenschaftliche Grundlage, die nicht mehr vertilgt werden könnte, 15) ist später durch die Erfahrung ein sichres Rechtsgefühl gebaut worden, welches ohne jene Basis nicht erlangt worden wäre.

„Uebrigens verbirgt sich auch nur zu oft die Unwissenheit hinter der Praxis und sucht eine gründliche und gelehrte Behandlung unserer Wissenschaft verdächtig zu machen, als sei sie völlig unbrauchbar für das Leben. Die künstliche Um-

---

14) Fr. Buchholz neue Monatsschrift für Deutschland 1824. Oktoberheft S. 196 Merkwürdig genug ist in dieser Wissenschaftlichkeit zugleich der Grund zu geheimen Verbindungen gefunden worden: denn »Theologen und Juristen durch die Langeweile, die ihnen ihre Wissenschaft mache, würden zum Abfall von ihr und zur Beschäftigung mit Nebendingen verführt« (l. c.) Eine Widerlegung dieses Vorwurfs giebt Niemeyer Antiwilibald S. 57 ff.

15) »Wer den Geist echt juristischer (Niemeyer l. c. S. 55. hat theologischer, von welcher dasselbe gilt) Gelehrsamkeit in sich aufgenommen hat, der mag des Buchstabens immerhin vergessen. Lernen und üben wir doch Vieles in unsrer Jugend, nicht um es auf dieselbe Art im Leben anzuwenden. Aber die Kraft hat sich dadurch gebildet und ist erstarkt. Die Wissenschaft hat den Geist entfesselt. Der Kern des Wissens ist geblieben. Die Schaale mag abfallen und die Form sich verwandeln.«

gehung der Theorie aber ist es ganz besonders, welche den nachtheiligsten Einfluß auf die Praxis äußert und ihr ihre eigentliche Würde raubt, indem sie ihr die nöthige Bestimmtheit und die sichere Haltung entzieht, ohne welche es gar keine eigentliche Jurisprudenz giebt, wenn man nicht eine Masse schielender und schwankender Begriffe, die unter den Händen ihrer Bearbeiter jede beliebige Gestalt annehmen, mit diesem Namen belegen will." 16)

Indeß hört man bisweilen von einzelnen tüchtigen Richtern, welche ohne vorangegangenes akademisches und methodisches Studium eine höchst ehrenvolle Stelle ausfüllen. Diese sind aber immer nur seltene Ausnamen großer Talente, welche in der Regel nicht vorausgesetzt werden dürfen. Auch muß man erwägen, daß wenn also begabte Männer zeitig bereits eine gründliche Bildung erlangt hätten — gewöhnlich suchen sie dieselbe nachzuholen, da sie gerade die Bedeutung derselben ohne Vorurtheil erkennen können 16a) — sie noch viel ausgezeichneter in ihrem Berufe geworden wären.

Endlich vernimmt man auch noch die Behauptung, daß die Theorie nicht nur nicht nütze, sondern sogar schade, indem sie die sonst praktischen Köpfe verwirre 17). Dabei stützt man sich wohl darauf, daß einzelne tüchtige Theoretiker schlechte Praktiker seien. Kann ein solcher Vorwurf, gesetzt er wäre gegründet, die Theorie selbst treffen 17a)! Er trifft die Ein-

---

16) Mühlenbruch l. c. vgl. Kant. (Anm. 1 cit.) S. 202. 203.

16a) Wie darüber der 1825 verewigte Justizminister von Kircheisen dachte, ergiebt sich aus der Biographie desselben in von Kamptz Jahrb. Heft 49. S. 155.

17) Auf diese und andere gehaltlose Meinungen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Das Allgemeinere mit der nöthigen Abfertigung findet sich bei Riemeyer l. c. besonders S. 61. ff.

17a) Klein in den Annalen B. 24 S. 157 ff. »Ich weiß wohl,

zelnen, deren Rechtskenntnisse beim Mangel der Urtheilskraft ein todtes Wissen geblieben, oder denen — und darauf bezieht sich vorzüglich jener Einwurf — die nöthigen formellen und mechanischen Fertigkeiten fehlen.

Die Einheit der Theorie und Praxis ist aber nicht blos in dem Wesen des Rechts und in den Juristen, sondern auch vornehmlich in ihrem Verhältnisse zur Legislation ersichtlich: denn die Resultate derselben, die Doctrin und der Gerichtsgebrauch, wenn sie organisch vom Standpunkte des Gesetzgebers, auf welchem stets der Jurist stehen soll, bewirkt werden, dienen zur Ergänzung unvollständiger, zur Erläuterung unklarer, und zur Verbesserung unzweckmäßiger Gesetze. Dies bestätigt die Geschichte der Rechtsbildung im Ganzen und der Quellen des gemeinen Rechts im Einzelnen, wie jetzt noch in kurzen Umrissen bezeichnet werden soll 18).

Im Anfange der Völker beruht der Rechtszustand auf gewohnheitsrechtlichem Princip. Jeder Einzelne trägt in seinem Kreise zur Bildung des Rechts bei und es herrscht eine allgemeine rechtsproductive Kraft. Mit der Zeit wächst jedoch die Menge anwendbarer Normen, und die Kenntniß derselben kann nicht ferner ein Gemeingut bleiben, sondern, genauere Beschäftigung voraussetzend, nur noch bei denjenigen vorhanden sein, welche sich förmlich dem Richteramte gewid-

daß es Beispiele giebt, daß ein zu lebendiges Interesse für die Wissenschaften der Ausbildung zum brauchbaren Geschäftsmanne im Wege gestanden hat; aber diese Beispiele sind selten, und sie kommen gegen die Menge der Fälle nicht in Betrachtung, wo Unwissenheit und Mangel jedes wissenschaftlichen Interesse die Ausbildung des künftigen Geschäftsmannes ganz unmöglich machte» (S. 165 l. c.).

18) vgl. Jordan Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, im Archiv für civil. Praxis Band VIII H. 2. n. 9. W. Müller civilist. Abhandlungen Th. I. Die fünfte Abhandlung (Giessen 1833. 8) s. noch Anm. 147.

met haben. Des Bedürfnisses wegen wird auch zugleich das Gewohnheitsrecht niedergeschrieben. So entstehen Rechtsbücher, Privatarbeiten, welche später wegen der ihnen beigelegten Autorität den Charakter der Gesetzbücher annehmen. Jetzt beginnt auch die Rechtsbildung durch Gewohnheiten zurück zu treten, so wie die durch ausdrückliche Sanctionen mehr hervorgehoben zu werden, und zuletzt bildet sich sogar die Ansicht, daß das Gewohnheitsrecht eine verwerfliche Usurpation sei. Mit der Gewohnheit wird auch gewöhnlich zugleich der Gerichtsgebrauch und die Doctrin beschränkt; freilich aber nicht mit dem beabsichtigten Erfolge: denn das Bedürfniß wird nicht durch die legislativen Normen allein befriedigt 19), und die Einwirkung der übrigen Rechtsorgane dauert aus innrer Nothwendigkeit noch fort 20). Die dabei möglicherweise eintretende Disharmonie zwischen Doctrin, Praxis und Legislation kann den Umständen gemäß höchst wohlthätig werden, um Stockung und Einseitigkeit zu verhindern; doch wird sie in der Regel nicht lange währen, wenigstens nicht zu weit um sich greifen, wenn die Forderungen der Zeit und des Rechts erkannt, und die nöthigen Mittel zur Ausgleichung benutzt werden 21).

---

19) Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit ea, quae plerumque accidunt, contineri. Julianus in l. 10. D. de legibus (1. 3.) s. Anm. 91.

20) Das Bedürfniß allgemeiner Gewohnheiten wird beim Vorhandensein eines umfassenden Gesetzbuchs nicht mehr bestehen, wohl aber werden lokale Gewohnheiten fortdauern. Die letztern erkennt daher auch das Preuß. Recht noch an. vgl. Bornemann syst. Darstellung des Preuß. Civilrechts I. S. 177 ff. (Berlin 1834).

21) Vergl. Wiener im Archiv des Crim. Rechts l. c. S. 504 ff. und die von ihm citirten v. Savigny, Hollweg, Abegg, und einzelne Gegenbemerkungen von Bornemann über die wahrhaft geschichtliche Entstehung und Bedeutung des Preuß. Rechts, in Gans

Also im Römischen Rechte. Sobald in diesem Spuren wissenschaftlicher Bestrebungen sichtbar werden, sind dieselben sofort auf die Beförderung des vorhandenen Rechtszustandes gerichtet, auf die Anwendung des gewonnenen Materials berechnet. Der frühere Zwiespalt des Edicts und des älteren Civilrechts wurde bei der immer mehr hervortretenden Tendenz vom Nationalen zum Allgemeinen zu Gunsten des ersteren allmählig ausgeglichen, und so wirkten Prätoren, Richter und Juristen nach demselben Ziele hin. So wie aber in den einzelnen Rechtskundigen das theoretische und praktische Element im schönsten Einklange vorhanden war 22), mußte auch die Doctrin mit der Praxis und Legislation wesentlich harmoniren 23). Ja, die erhaltenen Quellen ergeben, daß die Gesetze des Volks, des Senats, der Magistratus, und selbst die kaiserlichen Constitutionen auf die gleichzeitige Wissenschaft gebaut sind, und sich gewissermaßen als deren Resultat entwickelt haben. Nur selten findet sich ein eigentlicher Widerspruch zwischen der Doctrin und Praxis 24), und dient dann zu dem Beweise für die erfreuliche Selbstständigkeit der Organe des Rechts bei regelmäßiger Uebereinstimmung.

Beiträgen zur Revision des Preuß. Rechts I. 3. S. 198 ff. und in der systemat. Darstellung I. S. 5 f. 83 f.

22) »Den Römischen Juristen ist Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. In jedem Grundsatze sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel, wodurch er bestimmt wird.« v. Savigny vom Berufe. S. 30. 31.

23) Dirksen über den Zusammenhang der einzelnen Organe des positiven Rechts der Römer mit der gleichzeitigen juristischen Doctrin und über die geschichtliche Begründung der letztern, im Rheinischen Museum für Jurispr. III. 1. S. 85 ff.

24) Dirksen S. 95 ff.

Zwar sank seit dem dritten Jahrhundert die eigentlich wissenschaftliche Thätigkeit der Juristen, und man beschränkte sich mehr auf Sammeln und Ordnen des reichlichen Stoffs. Doch geschah dies in den Rechtsbüchern Justinians mit vieler Ueberlegung 25), so daß dieselben auch für die Folgezeit einen bleibenden Werth erlangten 26). Durch diese Sammlung ist auf dem Rechtsgebiete die Verbindung des klassischen Alterthums mit der neueren Zeit erhalten worden.

Auch in der Bildung des kanonischen Rechts 27) ist die praktische Richtung der Doktrin stets ersichtlich. Der Einfluß der wissenschaftlich Gebildeten mußte aber auf die Normirung des geltenden Rechts in der Kirche um so größer werden, als die Einwirkung der Gewohnheiten in ihrer Partikularität der Katholicität und Einheit Abbruch zu thun schien und darum beschränkt wurde 28), die Doktoren, Theologen, aber als das wichtigste Organ der Fortentwicklung des geistlichen Rechts erscheinen. Nur in mehr spekulativen und dogmatischen Ansichten einzelner Kleriker, oder selbst Laien konnte sich beim Lossagen von der allgemeinen kirchlichen Theorie eine eigenthümliche Doktrin aussprechen, ohne indeß irgend größere Bedeutsamkeit zu erlangen, da die Kirche solchen

---

25) v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. I. S. 12—14.

26) Ueber das Vorzügliche des Röm. Rechts vgl. statt vieler Feuerbach über Philos. und Empirie S. 38. 39. v. Savigny über den Beruf. S. 29 ff. Niemeyer Antiwilibald S. 22—25. Dazu noch **Facciolati** orat. VII. ad jurisprudentiam. Lips. 1725. p. 127. (Roßhirt in der Zeitschrift für Civil und Criminalrecht. 3. S. 253. Heidelb. 1833).

27) Meine kirchenrechtl. Versuche I. S. 128 ff.

28) Puchta das Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828. Theil I. S. 130. 184 ff.

Meinungen gewaltsam entgegen trat, und dieselbe für lange Zeit unterdrückte.

Der Rechtsunterricht erfolgte seitdem in der praktischen Laufbahn selbst 29), durch mündliche Belehrung und praktische Schriften 30), jedoch ohne gründliches doktrinelles Studium; und so konnte bei den blos auf den Gebrauch gerichteten Bestrebungen ein opponirendes theoretisches Element nicht füglich aufkommen. Da trat aber im 12ten Jahrh. aus verschiedenen Ursachen mit dem erneuerten Studium des Röm. Rechts in Bologna 31) eine umfassendere Thätigkeit ein, und mit dieser zugleich Anlaß zu einer Spaltung, wie sie in früherer Zeit nicht nachgewiesen werden kann. Die Richtung der neuen Doktoren, der Glossatoren (im 12. und 13.) und Scribentes (im 14. und 15. Jahrh.), war eine höchst praktische, und wurde deshalb auch späterhin von dem bedeutendsten Einflusse 32); indeß fehlte es doch auch nicht an mehr individuellen Ansichten, welchen die geforderte Aufname nicht zu Theil ward. So mußte sich zwischen der Ansicht der

---

29) v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts I. S. 395 ff. II. S. 118. 119.

30) Seit dem 12ten Jahrh. findet sich dafür der Name practica, praxis. Die jetzt so genannte Praxis als Quelle, hervorgegangen aus der den Ansichten der Schriftsteller und den Präjudicien beigelegten Autorität, wird erst seit dem 18. Jahrh. auf diese Weise bezeichnet. (Biener im neuen Archiv des Criminal-Rechts. X. 3. S. 491. 492.)

31) v. Savigny Gesch. III. S. 75 ff.

32) Für den gemeinen Prozeß sind ihre Schriften eigentliche Quellen geworden, (Bethmann-Hollweg Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß, in der Vorrede. Linde Lehrb. des Civilproz. §. 27.). Auch ist der Einfluß der Glosse auf die Gestaltung des kanonischen Rechts (admonitio Correctorum ad lectorem vor Gratian's Decret, u. a.), auf die Bildung des Criminalrechts (Biener l. c. S. 491. Anm. 34), des Civilrechts im Ganzen (Eichhorn Rechtsgesch. IV. §. 565) bekannt genug.

Gelehrten und Richter ein Conflikt entwickeln 33), welcher durch andre Gründe genährt mehr oder weniger in verschiedenen Perioden wuchs oder nachließ.

In Deutschland vermißt man lange Zeit die Einwirkung einer eigentlichen Doktrin auf den Rechtszustand: denn die älteren Rechtsmonumente sind fast nur niedergeschriebene Gewohnheiten. Auch seit sich nach dem Verschwinden der Autorität der Volksrechte und Kapitularien, und bei dem lebendigeren neuen Hervortreten der Gewohnheiten und Praxis 34) mehr ein förmlicher Richter- und Juristenstand ausbilden mußte, konnte noch immer keine Trennung zwischen der Theorie und Anwendung entstehen: denn die Concipienten der Rechtsbücher gehen ohne ein selbstständiges doktrinelles Wirken nur darauf aus, das Bestehende sicherer für den Gebrauch zu fixiren. Erst seit das fremde Recht in Deutschland tiefere Wurzeln zu schlagen anfing, war auch der Saame der Zwietracht mit aufgegangen. Zwar hatten gerade deutsche Praktiker das auf Italischen Hochschulen gelehrte Recht in die Gerichte gebracht, ja Praktiker waren es auch, welche für die mit den Römischen und kanonischen Satzungen unbekannten Richter besondere Schriften verfaßten 35): dennoch mußten die theilweise von der romanischen Praxis abweichenden Ansichten der Glossatoren, eben der Lehrer der deutschen Juristen, und noch mehr die den germanischen Prinzipien so häufig widersprechenden Grundsätze nicht geringe Reibungen veranlassen. 36) Zu förmlichen Spaltungen kam es aber dabei

33) v. Savigny Gesch. V. S. 201.

34) Eichhorn Rechtsgesch. II. §. 257 ff. (vgl. desselb. Deutsch. Privatrecht §. 5. ff.). v. Savigny Gesch. I. S. 400. 401.

35) Eichhorn Rechtsgesch. III. §. 442. 443. Biener l. c. S. 619.

36) Bald klagten die Gelehrten über Vernachlässigung (s. von Peter von Andlau Hugo civilist. Literärgesch. S. 190. (3. Vers.). Eichhorn Rechtsgesch. §. 440. Anm. 0.), bald beschwerten sich die

nicht: denn die Gelehrten hatten gewöhnlich eine zugleich praktische Stellung mit hohem Einflusse, und den nicht so angestellten Juristen war durch das schon früher übliche 37), jetzt aber allgemeiner gewordene „Rathholen" vielfach Gelegenheit gegeben, ihren Ansichten immer mehr Eingang in die Gerichte zu verschaffen 38).

So konnte die Rechtsdoktrin durch alle die Thatsachen mit befördert, welche überhaupt seit der Reformation den glücklichen Fortgang der Wissenschaften begünstigten, auf die Praxis einen sehr bedeutenden Einfluß gewinnen. Doktrinelle Elemente drangen immer mehr in das Rechtsgebiet ein, seit nach der vollendeten Anerkennung des römischen Rechts 39), das Bedürfniß gelehrter Richter lebhafter gefühlt, und Doktoren als Räthe und Beisitzer den Reichsgerichten 40) und nach deren Muster allmälig den höheren und niederen Territorialgerichten 41) beigegeben wurden.

Seit dem 16. Jahrh. erfolgte auch nach und nach die Conception besondrer Gesetzgebungen, da man das fremde Recht mit den bestehenden Gewohnheiten auszugleichen und das umfassende Material genauer zu fixiren hatte 42). Diese Gesetzgebungen wurden in verschiedener Art für die ein-

---

deutschen Richter, die Ritterschaft und der Adel über den zu häufigen Gebrauch des gelehrten Rechts. (Hugo l. c. S. 191. Eichhorn l. c. §. 444. Anm. a. b.) s. Vorr. z. Project des Corp. jur. Frid. Th. I. §. 20. Anm. s. t. vgl. A. L. Reyscher Sammlung altwürtemb. Statutarrechte in der Vorrede. Tübing. 1834. 8.

37) Ueber die dadurch begründeten Consiliensammlungen s. v. Savigny Gesch. VI. S. 405. vgl. Biener l. c. S. 492. Anm. 36.

38) Eichhorn l. c. §. 444, Anm. f. §. 559, Anm. c. §. 577. Binner cit. S. 620. 621. — Eichhorn §. 578.

39) Eichhorn §. 440—444.

40) Ders. §. 409.

41) Ders. §. 430. 441. Anm. e. ff. 549. 561. Von Preußen s. unten 55. Anm. 65.

42) Eichhorn §. 560. s. den Anm. 36. cit. Reyscher.

zelnen Territorien entworfen, welche eine vom Kaiser und Reiche unabhängigere Stellung erlangt hatten. Die Resultate der Praxis 43) und Wissenschaft 44) mußten dabei natürlich mit berücksichtigt werden, was jedoch nicht stets und überall gleichmäßig erfolgte.

Der Rechtszustand selbst, welcher durch die Verschiedenartigkeit der Quellen unsicher geworden, erlangte indeß dadurch nicht die gewünschte Festigkeit: denn theils war das Verhältniß des römischen und kanonischen Rechts zum einheimischen nicht gehörig aufgefaßt, und das letztere bald aus Unkunde, bald aus Absicht zurückgesetzt 45), theils mangelte zur besseren Vermittelung des gemeinen Rechts die Wirksamkeit eines höchsten Tribunals, seitdem die Reichsgerichte ihre frühere Bedeutsamkeit verloren hatten. 46) In der Praxis hatte auch mit der Zeit ein starrer Empirismus das Uebergewicht erhalten, indem man sich streng an Präjudicien und opiniones doctorum oder an den Buchstaben der Gesetze anschloß, und ein höchst langwieriges und schleppendes Prozeßverfahren befolgte 47). Der Werth des Bestehenden, wenn auch nicht mehr ganz Zeitgemäßen, war dabei zum Theil zu hoch angeschlagen, die Praxis unwissenschaftlich, die Theorie aber unpraktisch geworden. Im Gegensatze der strengen Empirie bildete sich nämlich eine räsonnirende Theorie 48), welche den geschichtlichen Entwicklungsgang des Rechtslebens verkennend, nur die Gesetzgebung als das schaffende Rechtsorgan betrachtete, dieses

---

43) Biener l. c. S. 622. 623.

44) Eichhorn §. 559. Anm. d. §. 560.

45) Eichhorn §. 540 ff. §. 562.

46) Ders. §. 618. Anm. b.

47) Daran waren aber nicht die Quellen des Civilrechts, wie bisweilen behauptet ist, sondern die vom Rechte mehr unabhängigen Formen Schuld., v. Savigny vom Berufe. S. 40.

48) Eichhorn §. 614.

aber nicht auf das Bestehende und dessen zeitgemäße Reform hin- leitete, sondern alles Geschichtliche als blos zufällig und proviso- risch ansehend vom Gesetze forderte, daß dasselbe ein dauerndes und ewiges sein müsse. Darum könne der legislative Wille seinen Stoff nur a priori aus der reinen Vernunft entneh- men. Diese hatte aber durch die damals geltende Leibnitz- Wolfische Philosophie ihr bestimmtes Gepräge angenommen.

Das Irrthümliche und Verderbliche dieser Theorie 49) ist indeß niemals mit voller Consequenz zur Ausführung ge- bracht worden: denn da sich die Theoretiker keinesweges vom Positiven und Partikulären, von ihrer Zeit überhaupt ganz loszusagen im Stande waren, stellten sie nicht selten als an- geblich rein apriorisch auf, was sie aus ihren eignen Lebens- verhältnissen abstrahirt hatten, und mischten dazu nur ein- zelne willkührliche Grundsätze. Die verschiedenen Versuche der Bearbeitung einzelner juristischer Disciplinen geben dafür den sprechendsten Beweis 50).

Die Rechtswissenschaft hatte übrigens inzwischen durch die Bemühung der französischen Civilisten, und später durch das gründliche Studium des germanischen und deutschen Rechts nicht geringe Fortschritte gemacht, welche für den Rechtszustand selbst damals aber nicht förderlich wurden 51),

---

49) vgl. darüber die treffenden Bemerkungen in v. Kampß Jahrb. Heft 64. S. 333 ff.

50) vgl. Bethmann-Hollweg (Anm. 30). — Biener l. c. S. 482. 499 ff. Mittermaier über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland. Heidelb. 1825 u. a. —. Uebri- gens sind jene Theorien nicht ohne allen guten Einfluß geblieben. Sie haben mit dazu beigetragen, das Veraltete durch zeitgemäße Reformen umzugestalten, und durch Darlegung der möglichen Combinationen der richtigen Ansicht den Weg zu bahnen. (s. Falck Encycl. §. 52. — Eichhorn §. 614 a. E.).

51) s. Biener a. a. O. S. 479. Eichhorn §. 562. Not. c.

da bei der Anwendung überall sichere Principien fehlten. Es ergab sich daher das Bedürfniß einer allgemeinen neuen Gesetzgebung, welche indeß für das deutsche Reich nicht erfolgen konnte 52). Nur Preußen und Oesterreich vermochten es zunächst der Nothwendigkeit zu genügen. Dem Zwecke dieses Aufsatzes gemäß ist die Berücksichtigung des ersteren hinreichend 53).

So lange das fremde Recht noch nicht allgemein in Preußen zur Geltung gelangt war, genügte die Bekanntschaft mit den bestehenden Gewohnheiten, wie diese theils schon niedergeschrieben, theils noch unaufgezeichnet benutzt wurden, und ein förmliches Studium war noch kein dringendes Bedürfniß. So wie aber in Deutschland seit dem Schlusse des 15. Jahrh. gelehrte Kenntnisse nothwendig wurden, sprach dies auch bald die Preußische Gesetzgebung aus, 54) welche daher auf der 1544 gestifteten Universität Königsberg Vorträge über das fremde Recht verordnete. So wurden für das Hofgericht 55) als Beisitzer gefordert. „Drei Doktoren der Rechte und fünf vom Adel, alle verständig, gelehrt, in weltlichen Sachen geübt, erfahrne und

---

52) Eichhorn §. 618. Ueber den Zusammenhang des gemeinen Rechts mit den verschiedenen Territorialrechten auch nach der Auflösung des deutschen Reichs vgl. statt vieler den unten Anmerk. 78. cit. Abegg.

53) Ueber die Geschichte des Preuß. Rechts vgl. die Literatur bei Thöne Handbuch I. 1. § 1. dazu noch Bornemann system. Darstellung I. S. 104 ff. Preuß Friedrich der Zweite I. S. 310 ff. III. S. 368 ff.

54) vgl. Pisanski. Entwurf der Preuß. Literärgeschichte, herausgeben v. Borowski. (Kgbg. 1791). S. 68. 70. S. 277 ff. v. Kamptz in den Jahrb. für die Preuß. Gesetzgebung Heft 46. S. 138. ff. und die Fortsetzung von Schweikart eod. Heft 52. und 62.

55) Hofgerichtsordnung v. 1578 c. 1. (Grube Corp. Constit Pruten. P. II. p. 2.)

geschickte Leute. Auch sollten zwei Professores juris mit zu-gezogen werden." Auf gleiche Weise wird von den andern bedeutenderen Gerichtsbeamten gesprochen, und von den späteren Ordnungen für das Hofgericht von 1602, 1632, 1653 dies wiederholt und erweitert. In einem Rescript vom 17. Juli 1687 56) wird namentlich bestimmt, „daß ungeschickte und des Rechts nicht kundige Leute hinfüro bei den Gerichten, sowohl Untern-, als Obern-Instantien nicht geduldet —— sein sollen."

Das römische und kanonische Recht, letzteres aber nur beschränkt für einzelne Materien, blieb hierbei stets eine Hauptquelle 57), auf welche auch das Landrecht von 1721 noch ausdrücklich in subsidium verweist 58), ganz ähn-

56) Grube l. c. p. 308 vrgl. auch die Ordnung über Verbesserung des Justizwesens vom 21. Jan. 1713 l. c. p. 365).

57) vergleiche die in den Anm. 54 angezogenen Schriften dahin gehörige Literatur.

58) Publicationspatent vom 27. Juni 1721. a. E. (vgl. P. I. Buch 2 Tit. 2 §. 7 S. 285). Hiedurch wurde der nach Emanation des Landrechts von 1620 und 1685 von den Juristen über die Anwendbarkeit des fremden Rechts geführte Streit gesetzlich beseitigt. Schweikart l. c. H. 52 S. 320 f. Während das Patent des L. R's. von 1620 und 1685 festsetzt. »Es ist auch Unser Wille und Meinung, da sich je einiger Fall, der in gegenwärtiger Unsrer Ordnung und Landrechte nicht begriffen, künftiglich begeben und zutragen würde, so soll derselbe nicht nach den alten aufgehobnen Rechten, Gewohnheiten und Gebräuchen gerichtet und geurtheilt, sondern zu Unsrer und den Ständen hierzu Deputirten (das Landrecht von 1685 setzt statt der Worte »zu . . Deputirten«: anderweitigen:) Decision und Dijudication ex aequo et bono der Sachen Umbstände und Gelegenheit nach gestellt werden: Inmassen dasselbe im allgemeinen Landtage 1612 geschlossen worden;« bestimmt das Patent von 1721. »Es ist auch . . . . zutragen würde, derselbe, wenn er in dem Kaiserlichen Recht ausdrücklich decidiret ist, nach demselben, sonst aber zu anderweitigen Dec. und Dij. ex aequo et b gestellt, oder wenn das Collegium es nöthig findet, der Casus mit rationibus dubitandi et decidendi zu Unsrer Decision eingeschickt werden solle«. Nach den bei-

lich wie die früheren Gesetze, von den Richtern fordernd, daß sie „in theoria und praxi sonderlich geübte Subjecte sein— und solide Studien gemacht haben sollten."

Von gleichen, jedoch immer mehr gesteigerten Grundsätzen ging auch die Folgezeit aus. Friedrich der Große, der gleich nach seiner Thronbesteigung ernstlich an eine Verbesserung des Justizwesens dachte, erließ zunächst nur einzelne Gesetze, bestimmte aber bereits, in Gefolge des vorbereitenden Rescripts vom 4. Oktbr. 1746 in der Verordnung vom 31. Decbr. d. J. 59) an den Justizminister und (seit dem 8.

---

den älteren Landrechten wurde also, sobald sich Bedenken gefunden hatten, oder neue Fälle eingetreten waren, sofort die Entscheidung einer besondern Commission eingeholt. Darüber hatten nämlich auf dem Landtage von 1612, (wie aus den handschriftlichen Landtagsakten im hiesigen Kgl. Geh. Archive Th. I. fol. 362 ersichtlich) sich »die Landstände vorbehalten, daß in casibus hoc jure non comprehensis gleich wie zuvor, also auch nach die Decision bei Sr. Churf. Gnaden und bei sich ex aequo et bono bleiben möge« Zugleich waren aus den drei Ständen 12 Personen ernannt, welche sich durch Cooptation ergänzen sollten, und mit 4 vom Churfürsten aufgestellten Personen in einzelnen Fällen beratchen »ex aequo et bono decidiren und also in perpetuo valituram legem machen mögen« Diese Decision ex aequo et bono d. h. doktrinelle Interpretation, wie sie ausdrücklich Grube (tractat jurid. de processu fori c. 27 § 18 seq. und Struv (syntagma juris civ. p. 71.) nennt, war aber nach dem Landrecht von 1721 den Richtern selbst überlassen, und deren Befugnisse überhaupt erweitert. — Bemerkenswerth ist noch besonders, daß die Worte: zu anderweitige Decision: im Landr. von 1685 sich auf die Commission, im Landrecht von 1721 auf den Richter selbst beziehen.

59) Constitution, wie die Prozesse in Pommern nach Sr. Königl Majestät in Preussen vorgeschriebenen Plan in einem Jahr in allen Instanzien zu Ende gebracht werden sollen d. d. 31. Decbr. 1746 Berlin beim Hofbuchdrucker Gebert. 1747 fol. Das vorbereitende Rescript ist als Beilage beigedruckt. Beide Verordnungen finden sich auch in der Schrift: Rechtliche Untersuchung, wie die Fehler bei Bestellung der Aemter . . . verbessert werden können. 1747 (v. Hymmens Beiträge II. S. 278.) vgl. auch Simons Bericht in Mathis allg. jurist. Monatsschrift. B. XI. S. 194.

März 1747) Großkanzler von Coccejі, der bereits vor 25 Jahren die Revision des Landrechts des Königreichs Preußen besorgt hatte. „Es solle ein deutsches allgemeines Landrecht, welches sich blos auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet, verfertigt werden“: denn die Justiz werde verzögert durch „das ungewisse lateinische römische Recht, welches nicht allein ohne Ordnung kompilirt worden, sondern worin singulae leges pro et contra disputirt, oder nach eines jeden Caprice limitiret oder extendiret werden.“ Darauf erfolgte zunächst für das Prozeßverfahren das Project des Codicis Fridericiani, welches in besondern Bearbeitungen den 6. Juli 1747 für Pommern und den 3. April 1748 für die Mark eingeführt wurde. 60)

Indeß hatte der König die Nothwendigkeit erkannt, die Reform des Rechts nicht durch eine völlig neue, sondern durch eine auf das Vorhandene gegründete, sich dem Bestehenden anschließende Legislation zu bewerkstelligen, und die Grundsätze darüber in seiner: dissertation sur le raison d'établir ou abroger les loix: im Jahre 1748 entwickelt. 61) Er erklärte insbesondere: Il 'est plusieurs loix, auxquelles les hommes sont attachés, parce qu'ils sont la pluspart des animaux de coutume: quoique on put en substituer des meilleurs á leur place, il serait peutêtre dangereux d'y toucher; la confusion, que cette reform mettroit dans la jurisprudence,

---

60) Dazu erschienen noch zwei Anhänge von 1761 und 1769. Uebrigens wurde in dem Projecte selbst (Th. I. Tit 1. §. 3. 4. 6—9 Tit. 14. §. 4. Th. 3. Tit 4. §. 3.) von den Richtern höherer und geringerer Klasse noch immer: Gelehrsamkeit, Gewandtheit in der Theorie und Praxis, nach vorangegangenen Studien auf einer Königl. Universität: gefordert.

61) in den Oeuvres du Philosophe de Sanssouci Tom III. 1750. Die Stelle ist auch mitgetheilt in (Hymmen) Beiträgen zu der jur. Lit. in den Pr. Staaten VII. S. 206. Anm. 27. und von Biener im Archiv l. c. S. 508.

feroit peutêtre plus de mal, que les nouvelles loix ne produiroient de bien.“ Demgemäß erfolgte 1749 ein neuer Auftrag an v. Cocceji und ein Plan in 18 Punkten 62), nach welchem das Project des Corporis juris Fridericiani ausgearbeitet wurde, 63) und für welches das römische Recht die eigentliche Grundlage bildet. Daher führt es auch den Titel: Project des C. j. Fr., das ist: Sr. Königl. Majestät in Preußen in der Vernunft und Landesverfassung gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach den dreien Objectis Juris gebracht.“ 64) Darum konnte noch ausdrücklich bemerkt werden „daß Sr. Königl. Majestät nicht das römische Recht aufgehoben, sondern nur die Unordnung, welche die Compilatores durch ihre confuse Extrakte veranlaßt, corrigirt hätten.“ 65)

---

62) Wahrhafter Plan, betreffend die Reformen der Justiz, welche Se. Königliche Majestät in Preußen selbst, und durch eigne Lumieres formirt haben, wonach alle Prozesse in Se. Kgl. Maj. Provinzen tractiret und in drei Instanzen in einem Jahr geendigt werden sollen. Halle 1749. 4.

62) Es erschien Th. I. Halle 1749 (2te Aufl. 1750) Th. II. 1751. fol. Der Dritte für das Obligationenrecht bestimmte Theil ist nicht herausgekommen, da von Cocceji schon 1755 starb und der siebenjährige Krieg die weitere Ausführung unterbrach.

64) Außer manchen dem Röm. Rechte gemachten Vorwürfen (vgl. Vorr. zum 1sten Theil §. 2. f. §. 15. f. Vorr. zum 2ten Thl. §. 2—4. §. 7. f.) wird dasselbe doch anerkannt, als »das ganze Recht der Natur enthaltend« als »wegen der Billigkeit der meisten seiner Gesetze in Deutschland eingeführt« u. s. w. (vgl. Vorr. zum 1sten Th. §. 14. 19. 28, e. IV. Vorr. zum 2ten Th. §. 8). Auch wird es stets als die eigentliche Quelle des Projects anerkannt. vgl. Instruction vor die Preuß. Justizcollegia d. d. Berlin den 16. September 1751 §. 149. u. a.

65) Vorr. z. 1sten Th. §. 30. Daher wird auch besonders erinnert (eod. §. 32), »daß im übrigen auch S. Kgl. Maj. Inten-

Die Fortführung der Reform ruhte aber bis zum Jahre 1774. Der günstige Erfolg eines vom Justizminister Grafen von Carmer in diesem Jahre in Schlesien erlassenen

---

tion durch Verfertigung dieses Landrechts keineswegs dahin gehe, daß dadurch verboten sein solle, auf den Universitäten über die Compendia juris Romani weiter zu lesen« So erklären sich auch die für die Gerichtsbeamten gestellten Erfordernisse. »Die Adligen sollten sich nicht mehr blos auf die sogenannten galanten Studia, sondern auf eine solide theoriam juris legen« (Rescript wegen Publik. der Instructionen für die Preuß. Justizkollegia d. d. 16. Septbr. 1751). »Zu Assessoren der höhern Gerichte sollten so viel als möglich doctores juris genommen werden« (Umständl. Nachricht, wie künftig die Justizkollegia in Preußen bestellt werden sollen d. d. 16. Septbr. 1751. sect. VI. §. 2). »Auch solle man auf die solide Gelehrsamkeit der Auskultatoren und Referendarien achten.« (Instr. für die Preuß. Justizkoll., insonderheit für das Tribunal. (ej. dat.) sect. III. §. 43. vgl. Instruct. für die Kgl. Preuß. Aemter vom 1. Septbr. 1751. Art. 1. §. 12. Art. 3. §. 30. 31, wo getadelt wird, »daß die sogen. belegirten Gerichte mehrentheils aus einem unvernünftigen oder halbgelehrten Richter, oder ein Paar Schustern oder Schneidern bestanden.« Klagen über den schlechten Zustand der auswärtigen und einheimischen Universitäten führt darum auch von Cocceji 1748 im Project des Cod. Fried. March. (s. Anm. 60) Th. 2. Tit. 1. §. 1. n. 6. und in der Umständl. Nachricht cit. von 1751 sect. I. §. 7, wo er bei Gelegenheit der Revision und Organisation der Preuß. Justizkollegia »die Universität zu Königsberg in einer großen Unordnung fand. Die Professores legten sich mehrentheils auf Collegia privatissima, und die publica wurden von ihnen entweder gar nicht gehalten, oder doch sehr negligirt.« Die hier cit. Verordnungen sind in Mylius Sammlung blos allegirt, und in besondern Abdrücken bei Korn in Breslau erschienen. (s. noch Anm. 101). Durch das Reglement d. d. Berlin 12. Novbr. 1755 (N. C. C. M. d. J. S. 981—84) wurde eine beständige Examinatorencommission ernannt, bestehend aus geschickten und redlichen Personen. Diese soll von denen, die in ein Justizkollegium aufgenommen sein wollen, Relationen aus schweren und verwirrten Materien fordern, und examiniren aus der Theorie und Praxis in allen Theilen der Jurisprudenz, mithin auch aus dem Rechte der Natur, und jedes Dispensationsgesuch davon soll als ein Zeichen der Unfähigkeit und Unwürdigkeit betrachtet werden.

Edikts bewog den König, demselben den Entwurf einer in gleichem Sinne verfaßten allgemeinen Prozeßordnung aufzutragen. Der deshalb bereits am Schlusse des folgenden Jahres vorgelegte Plan fand aber so vielen Widerspruch von Seiten des Großkanzlers von Fürst und des Kammergerichtspräsidenten von Rebeur, daß vorläufig nur durch eine Kabinetsordre vom 15. Januar 1776 für die Verkürzung der Prozesse Sorge getragen wurde. 66) Da erhielt aber die Sache durch den Prozeß des Müllers Johann Arnold 67) einen besondern Anstoß. Sofort wurde auf die neue Bearbeitung einer Prozeßordnung gedrungen, den 28. Dezbr. 1779 eine vorläufige Instruktion gegeben und durch die Kabinetsordre vom 14. April 1780 der Weg für die neue Legislation bezeichnet. Hiernach sollte zunächst eine Prozeßreform erfolgen und dann das" Wesentliche mit dem Natur-Gesetz uud der heutigen Verfassung Uebereinstimmende aus dem Römischen Gesetzbuche abstrahirt, das Unnütze weggelassen, die eigenen Landesgesetze an gehörigen Orten eingeschaltet, und solchergestallt ein subsidiarisches Gesetzbuch, zu welchem der Richter bei Mangel der Provinzialgesetze recurriren kann, angefertigt werden" 68). Darauf wurde das von v. Carmer ausgearbeitete erste Buch des Corpus juris Fridericianum den 26. April 1781 (verbessert den 6. Juli 1793 als allgemeine Gerichtsordnung) pub-

66) (Hymmen) Beiträge zur jurist. Lit. III. S. 178 f.

67) vrgl. Preuß. Friedrich der Zweite. Band III. S. 381 f. 489 f. 539 f. und die cit. Lit. — Den König sucht zu rechtfertigen Sengebusch in der: historisch-rechtl. Würdigung der Einmischung Friedrich's des Großen in die bekannte Rechtssache des Müllers Arnold. Altona 1829. 8. Eine umfassendere Prüfung dieses denkwürdigen Falles von Hl. Prof. Sietze wird künftig in dieser Zeitschrift mitgetheilt merden.

68) l. c. S. XI. (vor dem Corp. juris Friederic. und im Novum Corp. C. March· VI. p. 1935 seq.)

licirt, und zur Bearbeitung des materiellen Rechts fortgeschritten. Der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs erschien in den Jahren 1784 — 1788 69), nach einer Umarbeitung den 20. März 1791 als allgemeines Gesetzbuch selbst, und nach einer abermaligen Revision den 5. Februar 1794 als allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.

Die ganze Arbeit war mit der höchsten Sorgfalt, und unter Benutzung aller zu Gebote stehenden Mittel betrieben worden. Man hatte gründliche Rechtsgelehrte, Beamte und Geschäftsmänner des Inn- und Auslandes zu Rathe gezogen 70) und so in der That etwas wenn auch nicht Vollendetes, doch immer Ausgezeichnetes vollbracht.

Der Kabinets-Ordre von 1780 gemäß war der Plan zum Werke entworfen. Hier erklärt nun Friedrich der Große es zwar für „sehr unschicklich, daß die Römischen Gesetze in einer fremden Sprache geschrieben seien„ und hält es für „eben so ungereimt, wenn man in einem Staate, der doch seinen unstreitigen Gesetzgeber habe, Gesetze dulde, die durch ihre Dunkelheit und Zweideutigkeit zu weitläuftigen Dispüten der Rechtsgelehrten Anlaß gäben„; dennoch gesteht er zu „daß das Corpus juris vom Kaiser Justinian auch künftig nicht ganz außer Acht gelassen werden könne" und in dem vom Könige selbst genehmigten Plane heißt es

---

69) Nach dem Tode des großen Königs (den 17. August 1786) betrieb Friedrich Wilhelm II. das begonnene Werk mit gleichem Eifer, wie die schon zehn Tage nach dem Hinscheiden Friedrich's II. erlassene Kabinetsordre beweist (Ediktensamml. Band 8. S. 145. 146. und in Kleins Annalen Band I. S. IX. XI.)

70) Bemerkenswerth ist die Vorschrift des Allg. Landrechts. Th. II. Tit. 20. §. 156, welche die Oberen verpflichtet, hinsichtlich der Gesetze geäußerte Zweifel, Einwendungen und Bedenklichkeiten mit erforderlicher Aufmerksamkeit zu prüfen.

im §. 3. ausdrücklich 71). „Bei Abfassung des allgemeinen Gesetzbuchs soll das Corpus juris vom Kaiser Justinian zum Grunde gelegt werden, weil dasselbe in Sr. Königl. Majestät Landen als ein subsidiarisches Recht durchgehend angenommen, an und für sich das vollständigste, auch in den meisten seiner Entscheidungen dem Rechte der Natur und der Billigkeit gemäß ist.“ 72) Daher bestand die Vorarbeit auch aus Excerpten des Römischen Rechts, an welche sich dann die weiteren Bemühungen reihten. Ueberall änderte man nur aus bestimmten Gründen bisherige Rechtssätze, wie aus dem Entwurfe zum allgemeinen Gesetzbuche 73), und besonders aus des hochverdienten Suarez 74) amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des allgemeinen Landrechts 75) im Ganzen und Einzelnen hervorgeht. So hängt das neue Gesetz mit dem früheren und gemeinen Rechte innig zusammen 76). Doch sollte das letztere nun

---

71) Simon in Mathis allg. jurist. Monatsschrift B. XI. S. 199. — Vorerinnerung zum Entwurfe des allg. Gesetzb. Th. I. S. 5. f.

72) So finden wir wiederholt von den Preußischen Gesetzgebern das Röm. Recht getadelt (s. S. 21. und Anm. 64. f.) In der Kab. Ordre vom 27. Aug. 1786 (Anm. 69) wird die in den Gesetzen entstandene Ungewißheit, Dunkelheit und Verwirrung dem in einer fremden Sprache geschriebenen, unsern gegenwärtigen Sitten und Verfassungen nicht mehr angemessenen Röm. Rechte beigelegt) — und dennoch anderseits wieder vollständig anerkannt und benutzt.

73) Die hieher gehörigen Anmerkungen des Entwurfs finden sich in (Siewert) Materialien zur wissensch. Erklärung der preuß. Landesgesetze Heft 1. S. 25. f.

74) s. Suarez Leben in von Kamptz Jahrb. Heft 82. S. 1. a. f.

75) Die jetzt erfolgte Mittheilung derselbem durch des Herrn Justizministers von Kamptz Excell. (in den Jahrb. für die Preuß. Gesetzgebung Heft 81, und daraus in besonderm Abdrucke. Berlin 1834.) verpflichtet zum aufrichtigsten Danke.

76) Daher erklärt Klein, einer der Redactoren des Gesetzbuchs daß Labeo, Capito, Sever und die Antonine die meisten Materialien zum Preuß. Rechte geliefert haben (Annalen Band 8. S. XXIV.

auch ferner nicht anwendbar sein, da man dasselbe hinlänglich benutzt und in das Gesetzbuch aufgenommen zu haben glaubte. Daher wurden, wie in dem Project des Corpus juris Fridricianum (Th. I. Bd. I. 272 §. I. f.), so in der Einleitung des Entwurfs §. 2. alle bisherigen Gesetze abgeschafft, und im Publikationspatente zum allgemeinen Gesetzbuche und zum Landrechte selbst §. I. erklärt, es trete dieses „an die Stelle der — bisher aufgenommen gewesenen römischen, gemeinen Sachsen und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze; also daß — — auf dieselben nicht mehr zurückgegangen, sondern in vorkommenden späteren Fällen nur nach den Vorschriften des gegenwärtigen Landrechts — erkannt werden soll" und eben daselbst §. XVIII." Alle ältere Gesetze, Edicte und Verordnungen, an deren Stelle das gegenwärtige neue Landrecht — — treten soll, werden hierdurch gänzlich aufgehoben und abgeschafft, und es soll von dem bestimmten Zeitpunkte an (1. Juni 1794), kein Collegium, Gericht oder Justiz-Bedienter sich unterfangen, diese älteren Gesetze und Verordnungen auf die vorkommenden Rechtsangelegenheiten, außer den im gegenwärtigen Patente bestimmten Fällen, anzuwenden; oder auch nur das neue Landrecht nach besagten aufgehobenen Rechten zu erklären oder auszudeuten."

Hiermit ist den Worten nach der formelle und materielle Gebrauch des gemeinen Rechts für Preußen untersagt. Kann aber, was das Material der gemeinrechtlichen Quellen

---

vgl. S. XXVI.) und Paalzow (observationes ad jus. Boruss. commune Fasc. II. obs. XVI. de legum interpretatione p. 17) „Fontes juris nostri communis jus romanum, canonicum et feudale fuerunt, et illud sine his fere intelligi nequit — — Iura peregrina ergo in nostris academiis neutiquam sunt negligenda. Quid? Credo ea praecipue esse discenda, dum vix vicesima pars juris nostri a jure communi recedit."

betrifft, wirklich ohne dasselbe aus den Preußischen Gesetzen allein für die vorkommenden Rechtsstreitigkeiten stets genügende Entscheidung genommen werden? Die Praxis der Gerichte widerspricht wenigstens, da beinahe in jeder schwierigen Rechtssache das Recurirren auf das gemeine Recht, als die Quelle der Preußischen Vorschriften, nothwendig erscheint und deshalb in den Erkenntnissen, Gutachten, Deductionen u. s. w. Belege aus jenen Quellen gefunden werden, welche doch nicht aus bloßer Prunksucht hingestellt sind. 77) Die Rücksicht auf die Quellen unsers Landrechts hat vielmehr ihren tiefern Grund: denn so wie Friedrich der Große die Trennung des neuern Gesetzbuchs von dessen Quellen als unhaltbar aufgab, und die verschiedenen Bearbeitungen sich stets an das ältere Recht anschlossen, so ist auch noch jetzt darauf zurückzugehen, nicht blos zum völligen Verständnisse der heutigen Normen 78), sondern auch ganz besonders

---

77) Vgl. die verschiedenen älteren und neueren dem Preuß. Rechte gewidmeten Schriften, welche auch Prozeßrelationen u. s. w. enthalten, namentlich Hitzigs Zeitschrift für die Criminalrechtspflege, und z. B. Simon und v. Strampff. Rechtssprüche B. I. n. 8. 41. 42. 89. 95. B. II. n. 1. 3. 18. 24. 38. 43. 47. 48. u. a. m.

78) Vgl. Klein: Von dem Nutzen, welchen künftig die Preuß. Rechtsgelehrten aus dem Studio des römischen Gesetzbuchs und dem Lesen der sogen. eleganten Juristen ziehen können: (Annalen B. 8. S. 377): Ueber die Methode, nach welcher die Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten studirt werden müsse (Annalen B. 16. S. 377): Ueber das Studium der Rechtswissenschaft in den Preuß. Staaten (Annalen B. 24 S. 157) vgl. S.: Etwas über die Bildung der Rechtsgelehrten in den Preuß. Staaten (Annalen B. 23. S. 34). Hierin wird ausgeführt, wie auch nach der Abfassung des besonderen Gesetzbuchs keineswegs der Preuß. Jurist das gemeine Recht werde entbehren können: denn was für den Theologen die Bibel, sei und bleibe ihm das corpus juris romani. Auch erklärt derselbe. »Je weiter der Praktiker in seiner Laufbahn emporsteige, desto mehr vergrößere sich das Bedürfniß einer größeren Theorie und der höhern wissenschaftlichen Ansichten« (vgl. Anm. 17a). Darum sei auch das

zur Vervollkommnung des Rechts für die kommenden Zeiten. Wo die Redactoren des Landrechts das gemeine Recht bisweilen irrthümlich auffaßten 79), ergiebt sich die Nothwendigkeit einer den Fortschritten der Erkenntniß entsprechenden Correctur 80). Hier zeigt sich somit das Bedürfniß des gemein-

---

Studium der Rechtsgeschichte ganz unentbehrlich. — Von gleichen Grundsätzen geleitet und mit bei weitem höheren Anforderungen an den künftigen Praktiker tritt auch der Minister von Massow auf, in der Abhandlung: Ueber die Bildung der Justizreferendarien: (in Klein's Annalen B. 3. S. 339 f.) und in dem darnach ausgeführten Handbuche der Literatur, angehenden Justizbedienten gewidmet. Berlin und Stettin. 1794. 2 Bde. 8. Dasselbe bestätigen mit Paalzow (Anm. 76) auch Schmalz über die Bildung zum Justizdienst auf den Preuß. Universitäten (in Gedicke's Annalen des Preuß. Kirchen- und Schulwesens. B. I. (Berlin 1796) S. 1. f., besonders S. 21. f.), so wie der Regierungs- und Pupillen-Rath Matuschka in dem Entwurf eines Studienplans (bei Mathis B. 1. S. 370), der Justizminister v. Kircheisen (Wie sollen die Herren Kammergerichts-Referendarien ihr praktisches Studium ordnen und ihr Amt führen? bei Mathis B. 4. S. 65), der unter andern erinnert: Verfallen Sie ja nicht in den Irrthum, als wäre die Theorie des gemeinen Rechts einem Preußischen Richter entbehrlich! (vgl. desselben: Ueber die Prüfungs-Methode Mathis B. 5. S. 348. und B. 2. S. 184). Statt vieler anderen, die hier noch angeführt werden könnten, genüge nur noch die Verweisung auf v. Savigny vom Berufe. Vorr. S. VII. S. 137 f. Abegg Bemerkungen über das Studium der Rechtswissenschaft, mit besonderer Rücksicht auf Preußen. Breslau 1831. 8. Thöne S. 59 f. Bornemann S. 161 f. Mit diesen Ansichten der Theoretiker und Praktiker stimmt aber auch die darauf bezügliche Gesetzgebung überein. (s. Anm. 84).

79) vgl. z. B. hinsichtlich des Lehnrechts Suarez in. v. Kamptz Jahrb. H. 81. S. 88. — s. Allg. Landrecht. Th. I. Tit. 18. §. 388. und Eichhorn Deut. Privatrecht §. 356. u. s. w.

80) Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß solche Verbesserungen nicht nach der fortgeschrittenen richtigen Deutung des Röm. Rechts immer passend wären, da die Redaktoren des Landrechts durch den usus modernus geleitet wohl in den meisten Fällen absichtlich

sam thätigen Wirkens der Theoretiker und Praktiker, da die bezeichnete Arbeit überwiegend theoretisch ist. Dazu kommt noch, daß das Landrecht unmittelbar auf das geistliche Recht verweist 81), und daß in vielen Fällen, nicht blos aus älterer Zeit, auch jetzt das Urtheil darauf zurück geführt werden muß. 82). Hinsichtlich des prozeßualischen Verfahrens ist dagegen zwar nicht überall ein so inniger Zusammenhang mit den ältern Grundsätzen nachweisbar. Doch gilt auch hierbei 83) das vom materiellen Rechte Bemerkte, um so mehr da durch den erhöhten Einfluß der Justizkommissarien beim Erlassen des persönlichen Erscheinens der Parteien und aus einzelnen späteren Umständen eine Annäherung an das gemeinrechtliche Verfahren wohl annehmbar scheint.

Diese Bemerkungen dürften gewiß schon die obige Behauptung der nothwendigen Verbindung des gemeinen Rechts mit dem Preußischen, der sogenannten Theorie mit der Praxis rechtfertigen, und die steigenden Anforderungen der

---

von den Quellen des gemeinen Rechts abwichen. Daher kann es nicht gebilligt werden, wenn einzelne historische Juristen geneigt sind, das römische Recht, ohne Rücksicht auf den spätern usus, zum Maaßstabe für die gemeine und parcticulaire Gesetzgebung anlegen zu wollen.

81) vgl. z. B. Th. II. Tit. 11 § 66. 107.

82) Es hängt dies vom Verhältnisse des allgem. Landrechts zu den Provinzialrechten ab (vgl. Bielitz Commentar B. I. S. 16 f. Thöne § 10—12). Auch gilt noch unbedingt das gemeine Recht in Neu-Vorpommern, in 17 Justizämtern auf dem rechten Rheinufer und im Bezirke des Stadtgerichts zu Wetzlar, unter Beschränkungen in andern Landestheilen. (Bornemann I. S. 155. Neigebauer Uebersicht der in den Preuß. Staaten bestehenden Gesetzgebungen und Gerichtsverfassungen. 2te Ausg.)

83) s. Mühlenbruch Civilprozeß. Vorr. S. XII. — Ueber den Zusammenhang der einzelnen Disciplinen des Preuß. und gemeinen Rechts vgl. noch Abegg (Anm. 78) S. 41 f. Dess. Lehrbuch des Crim. Prozesses (Königsberg 1833) § 18. a. E.

Gesetze an die Preußischen Richter 84) als vollkommen begründet erscheinen lassen, wenn nicht noch überhaupt die

---

84) Wie die frühere Gesetzgebung (s. Anm. 54 f. 65) fordert auch das Corpus juris Frid. von 1781. Th. III. Tit. 4 § 3 u. 5, daß die welche als Auskultatoren angestellt sein wollten, auf der Universität studirt haben und gründliche und zusammenhängende Kenntnisse in der Theorie der Rechtsgelehrsamkeit besitzen müßten. vgl. § 27 eod. und Allg. Gerichtsordn. Thl. 3. Tit. 3 §. 1. 62. Tit. 4 § 1. 3. 5 f. u a. Auch hatte schon das Rescr vom 22. April 1783. (Ediktensamml. S. 2109. 10) und vom 13. Mai d. J. (eod. S. 2113—16) aufs Neue die Examina eingeschärft und erklärt, es solle kein Auskultator und Referendarius angestellt werden, der sich nicht wegen erlangter gründlicher und vollständiger theoretischer Kenntnisse hinlänglich legitimirt und von guten natürlichen Fähigkeiten, besonders von Penetration und gesunder Beurtheilungskraft unverdächtige Proben abgelegt habe.« Seitdem wurden die Forderungen aber stets höher gestellt. Schon das Circulare vom 1. Jan. 1797. (Stengel's Beitr. B. 3. S. 357) rügte die Vernachlässigung der lateinischen Sprache, verlangte daß die Rechtskandidaten fähig seien, dieselbe auch in mündlicher Unterredung zu verstehen und sich darin mit einiger Tüchtigkeit und Fertigkeit auszudrücken, so wie daß denselben die Rechtsphilosophie, Europäisches Völkerrecht und Staatsrecht unentbehrlich sei. Durch Circulare vom 31. Juli 1800 (Amelang's neues Archiv B. 1. S. 233) und Kabinetsordre vom 21. d. M. (eod. S. 239) wurde diese Vorschrift wiederum verschärft und Prüfungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit zur Würdigung der theoretischen Kenntnisse der Examinanden verlangt. — Aus eigener Bewegung erließ hierauf das Kammergericht zu Berlin, veranlaßt durch das Circ. von 1797, am 30. April 1801 ein Schreiben an das damalige Oberschulkollegium (Stengel Beitr. B. 13. S. 214) über die Nothwendigkeit der Kenntniß des Röm. Rechts und der lateinischen Sprache, zuleich mit Maaßregeln für die Universitätslehrer, welche das Oberschulcollegium durch Circ. v. 12. Mai 1801 (eod. S. 218) besonders empfahl. Neue theils bestätigende, theils erweiternde Bestimmungen erfolgten durch Circ. vom 12. October 1804. (Neues Archiv B. 3. S. 457. Mathis jur. Monatsschr. B. 1. S. 53. Kleins Annalen B. 23. S. 238), Rescript vom 8. Novbr. 1804 (Neues Archiv B. 3. S. 462), Rescript vom 6. Septbr. und 6. Novbr. 1809 (Mathis B. 8. S. 352. 461),

ganze Stellung der Preußischen Juristen diese Vereinigung des theoretischen und praktischen Elements zu einem unab-

worin zugleich die Beobachtung des triennium academicum zur besondern Pflicht gemacht wurde. Das Rescr. v. 2. Mai 1812 (v. Kamptz Jahrb. H. 1. S. 18) erklärt noch insbesondere, „wie eine Studienzeit von drei Jahren kaum hinreiche, die nöthige wissenschaftliche Bildung und den erforderlichen umfassenden Ueberblick des ganzen Gebiets der Wissenschaft zu erlangen." Zugleich wurde in dem Rescr. v. 31. Decbr. 1813 in Beziehung auf die Instruction über die Prüfung der zu den Universitäten übergehenden Schüler vom 25 Juni 1812 bestimmt. „Daß bei der Prüfung der Rechtskandidaten auch auf den Inhalt ihrer Universitätszeugnisse und den Grad ihrer Ausbildung bei dem Anfange der Universitätsstudien Rücksicht genommen und die Prüfung darnach eingerichtet werden solle" (Anhang zur allg. Gerichtsordnstng vom 4. Febr. 1815 §.448—450. v. Kamptz Jahrb. H. 3. S. 14.) Wiederholt wurde die Befolgung der erlassenen Vorschriften als Bedingung zu den mit größter Strenge abzuhaltenden Prüfungen zur Auskultatur eingeschärft durch Rescr. v. 21. April 1818 (v. Kamptz Jahrb. H. 22. S. 234,) v. 28. Septbr. 1818 (H. 24. S. 281), Verfügung vom 20. Januar 1819 (H. 25. S. 20. 21), *) Circulare v. 13. März 1826 (H. 53. S. 82. 83). Das Circ. v. 21. Mai 1826 (H. 54. S. 287—289), welches auch die Kenntniß des vaterländischen Rechts forderte, erklärte zugleich, die Landesjustizkollegia „sollten dahin sehen, daß die Kandidaten durch das Studium des Landrechts und der Gerichtsordnung nicht verleitet werden, die Kollegia zu versäumen, welche die Kenntniß des römischen, kanonischen und des deutschen Privat-, Criminal-, Lehn-, Staats und Naturrechts gewährten, und zur gelehrten und gründlichen Bildung des Juristen unumgänglich nothwendig wären, und folglich bei der Prüfung der Kandidaten auch ferner auf die genaue Bekanntschaft mit diesen Rechten und der Geschichte des Rechts und der Verfassungen richten" **) das Circ. v. 6. August 1827

*) Eine in dem Staatsministerio erlassene Verordnung vom 19. März. 1819 (v. Kamptz. Jahrb. H. 26. S. 280) setzt fest, „daß keine Dispensation vom triennio academico mehr stattfinden solle.„ Dieselbe ist aber nur an die Regierungen gerichtet und bei den Justizbehörden nie zur Befolgung gekommen.

**) Eine besondre Verordnung, daß kein Studirender zu den Vorträgen über das vaterländische Recht zugelassen werden solle, bevor er die über das gemeine Recht gehört, wird nicht befolgt!

weislichen Bedürfnisse machte: denn ihm ist eine höchst freie und ehrenvolle Thätigkeit bei der Auslegung und Anwen-

---

(H. 27. S. 136) wies die Präsidien an »mit Strenge darauf zu halten, daß die Kandidaten, welche in der Prüfung beim Abgange zur Universität nicht die gehörigen Kenntnisse und Anlagen gezeigt und deren erstes juristisches Examen nicht ergebe, daß sie das Versäumte nachgeholt, und sich sowohl in der Rechtswissenschaft, als auch

---

Es wäre überhaupt wünschenswerth, daß den jungen Studirenden gleich ein Plan an die Hand gegeben würde, wie sie ihren juristischen Cursus zweckmäßig einzurichten hätten: denn der Vorschlag, den Docenten bei Vorträgen über Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft machen mögen, kann nicht von allen befolgt werden, da nicht allgemein solche Vorlesungen gehört werden. Früher wurde an der Königsberger Universität der angedeutete Wunsch befolgt, und bei der Immatriculation jedem eine gedruckte: »Anweisung für diejenigen, die sich der Rechtsgelehrsamkeit und dem Dienst des Staats ... widmen ... 1770. Königsberg in der Hartungschen Buchdruckerei 16. Seiten 4.« übergeben, worin zugleich eine Uebersicht der zu besuchenden Kollegia nach 6 Semestern enthalten ist.

I. a) Die ganze Philosophie, b) Mathematik, c) die jurist. Encyl. und Method., d) die europ. Staatenhistorie.

II. a) Die deutsche Reichs- und Historie einzelner deutschen Staaten, b) das ganze allgemeine und natürliche Recht c) die Historie der sämmtl. positiven Rechte, d) die jurist. Hermeneutik, e) die Diplomatik f) die Institutionen des röm. Rechts.

III. a) Die Pandekten. b) das Lehnrecht.

IV. a) Das Kirchenrecht, b) das deutsche Staatsrecht, c) das deutsche Privatrecht, d) das Kriegs-, See-, Wechselrecht, e) die Statistik.

V. a) Die Pandekten zum 2ten male, b) das peinliche Recht c) Staats und Völkerrecht, d) die Oekonomie- Polizei- Finanz- Cameral- Wissenschaften.

VI. a) Die jurist. gelehrte Historie, b) die ganze Praxis. c) die Provincial-Land- und statutarischen Rechte, d) die mathesis applicata, e) Disputationsübungen.

Eine Umgestaltung dieses der Methode vielfach widersprechenden Plans, der freilich niemals sklavisch zu befolgen sein wird, wäre gewiß ganz zeitgemäß und den Studirenden willkommen. Die Docenten müßten aber verpflichtet werden, darüber zu wachen, daß in der nöthigen Ordnung erst römisches, kanonisches und deutsches Recht, nebst den exegetischen Uebungen; dann die Vorträge zusammengesetzter Art und die über Preußisches Recht gehört würden.

dung der Gesetze zugestanden und zur Pflicht gemacht. Die hierin fortschreitende Gesetzgebung der neueren Zeit hat auch

---

ihre Beurtheilungskraft nicht gehörig ausgebildet hätten, von der Auskultatur ausgeschlossen würden.« Deshalb sollte das Präsidium den Prüfungen selbst beiwohnen und zur Verhütung der Einseitigkeit in denselben öfter mit den Examinatoren gewechselt werden. — Durch Circ. vom 17. Aug. 1830. (H. 71 S. 148. 149) wurde auf die Befolgung des Anhanges zur Gerichtsord. §. 450 wieder hingewiesen.

Alle diese Verordnungen gelten nach dem Rescr. v. 4. April 1823 (H. 42. S. 344—48) und nach dem Regulativ v. 16. Jan. 1832 (H. 77. S. 218—234) auch für die juristischen Examina in den Rheinprovinzen. Im Regulativ wird insbesondere noch die Kenntniß der historischen Hilfswissenschaften und die Bekanntschaft mit den in neueren Zeiten bedauerlich so oft von Studirenden vernachläßigten Quellen des Rechts, besonders des Röm. Rechts eindringlich gefordert. Deshalb sollen auch cursorische Uebersetzungen und Erklärungen mehrerer Stellen des corpus juris romani *) beim Examen veranlaßt werden.

Vorzüglicher Anerkennung werth sind endlich noch folgende Normen. Das Circular v. 30. Dcbr. 1831 (Jahrb. H. 76. S. 387. 388) setzt nämlich fest »daß vom 1. Oktober 1832 an diejenigen Rechtskandidaten, welche nur das Schulzeugniß des dritten Grades besitzen, ferner gar nicht mehr zur gerichtlichen Prüfung zugelassen werden sollten,« eine Bestimmung, welche für die Studirenden der andern Fakultäten schon früher erlassen war. Auch verordnete das Rescr. v. 9. Jan. 1833 (H. 81 S. 234—36) »Sobald die Immediat-Examinationscommission erweislich den Auftrag erhalten hätte, einen Referendarius zu prüfen, dieser von allen weiteren Arbeiten bei dem Kollegio zu dispensiren sei, weil demselben bei dem umfassenden Gebiete der Rechtswissenschaft einige Zeit gegönnt werden müßte, um sich zu sammeln, seine Kenntnisse in den einzelnen Theilen der Rechtswissenschaft in ihrem systematischen Zusammenhange zu ordnen, und sich eine möglichst klare Uebersicht der leitenden Grundsätze zu verschaffen.« **)

---

*) Schon dadurch ist freilich viel gewonnen. Die Bekanntschaft mit dem corpus juris canonici und den deutschen Rechtsbüchern, welche jetzt allgemeiner auf den Hochschulen interpretirt werden, sollte aber damit gewiß keineswegs ausgeschlossen werden.

**) Beachtenswerth ist auch die Vorschrift, daß die Proberelatio-

in der That die bestehende Kluft zwischen dem gemeinen und Preuß. Rechte mehr ausgeglichen, und dadurch Theorie und Praxis in ein innigeres Verhältniß zurückgeführt. (s. unten).

Ueber den Charakter des Preußischen Rechts sind sehr abweichende Ansichten geäußert worden. Bald ist behauptet, 85) die Absicht Friedrich's II. sei gewesen, daß das Gesetzbuch höchst einfach, populär und zugleich materiell vollständig sein sollte, so daß das Geschäft des Richters in einer Art mechanischer Anwendung bestehen könnte, oder 86) das Preuß. Recht scheine jede Wissenschaftlichkeit von Hause aus als seinem Princip entgegen erkannt, und den Richtern fast verboten zu haben, ihre eigenen Acta zu berücksichtigen, es scheine die Bewußtlosigkeit und Ignoranz zu Tugenden zu erheben; bald wird geäußert, es sei in ihm der wahre Rechtsbegriff ausgeführt, es gehe von festen Principien aus, und sei der Form und Materie nach gleich ausgezeichnet. 87). Unbefangene Prüfung wird deshalb um so mehr erforderlich.

Daß das Preußische Recht eine gewisse Vollständigkeit beabsichtigte, gereicht ihm in der That nicht zum Vorwurfe:

---

85) v. Savigny vom Berufe. S. 87. Wörtlich folgt Thöne a. a. O. §. 27, der sich selbst aber nicht constant bleibt. l. c. §. 5. S. 18.

86) Gans in den Beiträgen zur Revision der Preuß. Gesetzgeb. B. I. H. 1. S. 15. 16. H. 2. S. 100. 101.

87) Sietze Grundbegriff Preuß. Staats und Rechtsgeschichte S. 15. f. S. 46. f. 54. f. 562. f. 586. 587. 606. f. 673. f. Bornemann systemat. Darstellung I. §. 19. 27. 30. 37.

---

nen der Referendarien binnen 3 Monaten abzuliefern seien, (Rescr. v. 23. März und 16. April 1832) (H. 77. S. 174. 175), so wie, daß kein Auskultator in der richterlichen Laufbahn geduldet werden solle, der nicht innerhalb 4 Jahren seine Ascension zum Referendarius zu bewirken im Stande ist. (Rescr. v. 7. Novbr. 1832. H. 80. S. 444. 445).

denn diese Vollständigkeit sollte keineswegs die möglicherweise in der Praxis eintretenden Fälle erschöpfen — was auch eine Absurdität gewesen wäre —, sondern nur allgemeine Grundsätze mit den wichtigsten Folgerungen, Regeln und Ausnamen, darlegen 88), und die vielen Controversen beseitigen. 89) Ist dem also, wie nicht zu leugnen, so scheint es unglaublich, daß die Thätigkeit des Richters zu einer blos mechanischen herabgesetzt und ihm jede Auslegung des Gesetzes untersagt werden könne.

Wer den Willen jemandes ausführen soll, muß denselben nothwendig vernommen und verstanden haben. Das bloße Hören und Auffassen der Worte genügt dazu nicht, denn diese sind nur das Gewand für den darin liegenden Inhalt. Dieser muß erkannt, in die Seele des Ausspruchs muß eingedrungen sein, damit nicht durch äußere streng buchstäbliche Folge die eigentliche Absicht des Redenden verändert, oder ihr geradezu entgegen gehandelt werde. 90)

Ein solcher Wille ist auch das Gesetz, dessen Anwendung also nothwendig die Erkenntniß seines Sinnes voraussetzt, das Eindringen in den Plan des Gesetzgebers selbst, in die Veranlassung, den Grund und Zweck der Bestimmung. Der erkennende Richter muß sich daher ganz in die Seele des

---

88) So erklärt sich schon das Project des Corp. jur. Frid. Vorr. §. 29., die Vorerinnerung vom 24. März 1784 zum Entwurfe des allg. Gesetzb. Th. I. Abth. 1. S. 7. 8., vom 30. April 1787 zum Entwurfe Th. II. Abth. 1. vgl. Briefwechsel über die gegenwärt. Justizreform (Berlin 1784) H. 3. S. 113. f.

89) Briefwechsel c. l. Klein's Annalen B. 8. S. XXVI. f.

90) Ein treffendes Beispiel giebt Modestin (lib. IV. excusationum) in der bekannten l. 13. §. 2. D. de excusationibus (27. 1.), wo für den erzählten Fall das Resultat gewonnen wird: Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult: s. Anm. 93.

Concipienten hineingedacht und sich auf seinen Standpunkt begeben haben. Dann wird er bald mehr, bald weniger in den Worten finden, als beim ersten Anhören darin zu liegen scheint, also die Worte ausdehnen oder einschränken, und um dem ihm gewordnen allgemeinen Auftrage ganz zu entsprechen, in Fällen, welche noch nicht unmittelbar vorher bestimmt sind, nach dem Princip der Aehnlichkeit, der Analogie aus den gegebenen Normen auch diese entscheiden. Nur da, wo er den Sinn einer Vorschrift nicht zu enträthseln vermag, oder für neue Erfahrungen keine Analogie zu ziehen weiß, wird er sich an den Gesetzgeber selbst wenden und von ihm Entscheidung erbitten müssen, wenn ihm nicht etwa auch selbst dann eine aus der allgemeinen ratio hervorgehende Decision zu erlassen befohlen ist.

Diese aus der Natur des richterlichen Verhältnisses folgenden Sätze finden ihre vollständige Anerkennung in den Quellen unsers gemeinen Rechts, an welche sich die späteren Gesetzgebungen mit mehr oder weniger Freiheit anschließen. Indem sie davon ausgehen, daß nicht alle Möglichkeiten, sondern nur das Gewöhnliche im Voraus entschieden werden könne 91), gestehen sie dem Richter zugleich alle die Befugnisse zu, welche die Erfüllung seines Amts voraussetzt 92), und erklären namentlich, daß es bei Anwendung der Gesetze darauf ankomme, nicht blos die Worte, sondern deren eigentlichen Sinn und die Absicht derselben festzuhalten 93). Wenn es hiernach wohl keinem in

91) l. 3—6. 8. 10. 12. D. de. legibus (I. 3.) vgl. C. Dedit. pr. C. de vet. jure enucl. (I. 17)

92) »Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest« l. 2. D. de. jurisdictione (2. 1.) (Iavolenus lib. 6 ex Cassio) vgl. Dig. lib 1. 3. Cod. I. 14 de legibus. u. a.

93) l. 17—19. 29 30. D. de. legibus (1. 3.) l. 6. §. I. D. de. V. S. (50. 16) l. 96 D. de. R. I. (50. 17) c. 5. C. de. le-

den Sinn kommen kann, zu behaupten das Röm. Recht habe die richterliche Interpretation beschränkt oder gar verboten, so scheinen dagegen Justinian's Constitutionen dies wirklich zu thun 94). Der Kaiser überzeugt, seine Legislation sei eine vollständige und zweifellose, untersagte nämlich die Benutzung der älteren Rechtsmonumente zur Deutung der in der Sammlung enthaltenen, so wie die Abfassung schriftlicher Commentare, mit Ausname Griechischer Uebersetzungen (κατὰ πόδα) und Paratiteln, und bestimmte, daß in Zweifelsfällen die Richter sich vom Kaiser Entscheidungen einholen sollten, da es ihm allein zustehe, die Gesetze zu erlassen und zu interpretiren. 95)

Indeß, abgesehen von der hyperbolischen Redeweise, die sich nicht selten in Justinian's Constitutionen findet, ist dieser Widerspruch wirklich nur ein scheinbarer, und das Zusammenhalten aller in der Sammlung befindlichen hieher gehörenden Normen 95 a) ergiebt ein mit der Natur der Sache übereinstimmendes Resultat.

---

gibus (l. 14). wo stets auf mens, sententia, voluntas, exemplum legis und legislatoris hingewiesen wird. Ausdrücklich äußern sich auch Theodosius und Valentinian in der c. 5. C. l. c. (a. 439) »Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat» vgl. überhaupt Mühlenbruch doctrina Pandectarum I. §. 53 seq. und die angegeb. Lit. s. auch Anm 90.

94) C. Deo auctore. 1. C. de vet. jure. enucl. (I. 17) a 530. C. Tanta. 2. C. eod. und C. Dedit 3. C. eod. a. 533.

95) C. Deo auctore §. 12. C. Tanta §. 18. 21. C. Dedit §. 21, die sich ergänzen und im Wesentlichen übereinstimmen: Illud autem quod statim jussimus, iterum et nunc sancimus illud confirmando ne quis audeat hominum, qui sunt nunc aut in posterum erunt, commentarios scribere harum legum;

Wenn ein Richter zur Interpretation eines Gesetzes schreitet, soll er zunächst nach der Gewohnheit, die sich etwa darüber gebildet, entscheiden (Usual-Interpretation) 96), nächstdem die Mittel benutzen, welche ihm die Wissenschaft ge-

---

praeterquam si velit quis in Graecam linguam transferre, quem etiam volumus sola secundum pedem seu κατὰ πόδα nuncupata uti legum iuterpretatione: et si quid secundum nominatorum paratitlorum (ut conveniens est) adcribere voluerint usum: aliud autem nihil omnino ne tantillum quidem circa ea facere nec rursum dare seditionis et dubitationis aut infinitae multitudinis legibus occasionem *) — Si quid enim forte ambiguum fuerit visum, vel litium certatoribus, vel his qui rebus judicandis praesunt, hoc imperator interpretabitur recte: nam haec facultas illi soli a legibus permissa est **). vgl. c. 9. 11. 12. §. 1. C. de. legibus (1. 14). Nov 113. c.1 . pr. in fin. Nov. 143 pr.

95a) Daß auf diese geachtet werden müsse unterliegt wohl keinem Bedenken, denn außerdem daß ihre Aufname in das Gesetzbuch an sich entscheidet, erklärt noch Justinian selbst in denselben Pubikationspatenten (C. deo. autore §. 6. 7. C. Tanta § 10. 20. 23. C. Dedit § 10. 20) »ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tanquam si eorum studia ex Principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ore profusa.«

96) l. 37. 38. D. de legibus (1, 3.) c. 11 C. eod (1. 14)

---

*) in der C. Tanta: alias autem legum interpretationes, imo magis perversiones, eos jactare non concedimus.«

**) — Si quid igitur tale contigerit Augustum imploretur remedium. — — cum et ipse Iulianus . . retulerit, ut si quid imperfectum inveniatur ab Imperiali sanctione hoc repleatur: — et Divus Hadrianus . . . definivit, ut si quid in Edicto positum non inveniatur, hoc ad ejus regulas ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. (C. Tanta § 18). — Si quid vero ambiguum fuerit visum, hoc ad Imperiale culmen per judices referatur et auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est, leges et condere et interpretari. (§. 21 eod).

währt (doktrinelle Auslegung) 97), und wenn er sich unfähig erkannt hat das in thesi ihm unklare Gesetz zu deuten, so muß er von dem Gesetzgeber eine authentische Interpretation einholen 98).

Von gleichen Principien geht auch das Kanonische Recht aus 99), und die gemeinrechtliche Praxis hat dieselben nicht verlassen 100). Da das gemeine Recht aber nach der obigen Ausführung als die Quelle des Preußischen Rechts zu betrachten ist, so fragt sich, ob dasselbe etwa in Beziehung auf die Interpretationsbefugniß des Richters davon abgewichen sei?. Daß dies nach dem Landrechte v. 1721 nicht der Fall gewesen, ist bereits oben (Anm 58) bemerkt, und da das Project des Codicis Fridericiani Marchici diesen Punkt ganz übergeht 100a), so bleibt für die ältere Zeit noch das Project des Corporis jur. Frid. zu

---

97) c. 12. C. de legibus (I. 14).

98) Die dagegen erhobenen Bedenken (vgl. Dabelow Handbuch des Pandektenrechts B. 1. S 245 f. Hufeland über den eigenthüml. Geist des Röm. Rechts I. S. 46. f.) lassen sich durch die in der c. 12. C. cit. hervorzuhebenden Worte beseitigen: Cur ex suggestionibus procerum si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse ideoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? Wirkliche legum aenigmata, die also der Richter zu lösen nicht fähig war, werden dem Princeps vorgelegt. vgl. noch Hufeland cit. S. 117. f. Thibaut Pandekten 1. §. 44. Mühlenbruch 1 §. 54 und m. a.

99) vgl. z. B. c. 8. X. de consuet (1. 4.) c 9. X. de sepulturis (3. 28) —. Grat. ad. c. 16. C. XXV. q. 1. c. 27 pr. X. de. off. et pot. jud. deleg. (1. 29).

100) vgl. z. B. Brunnemann ad. c. 11. C. de legib. (p. 61) Struv syntagma juris cis. p. 21. 71. Leyser med. ad Pand. sp. 1. n. 4. (p.7) Nettelbladt syst. elem. univ. jurisprudent §. 124 Hellfeld jurispr. forens. § 32 u. a.

100a) Daß Th. 1. Tit 3 §. 20 von unserm Falle nicht spricht, ist leicht ersichtlich.

berücksichtigen, in welchem nach Thöne (a. a. O. S. 3) „dem Beispiel Justinian's zufolge (!!) jedes Commentiren oder logische Interpretiren untersagt" und nach Bornemann (a. a. O. S. 216 Anm.) „den praktischen Juristen die Interpretation zwar nicht gänzlich untersagt, doch aber ihre Befugniß so beschränkt worden, daß ihnen kaum mehr als die Anwendung des Buchstabens überlassen war."

Bei der geringen Meinung, welche v. Cocceji von den Professoren hatte 101), ist es wohl erklärbar, wie er ihnen nicht gestatten wollte „das Landrecht durch eine eigenmächtige Interpretation zu corrumpiren" und wie sich daher „niemand unterstehen solle, einen Commentarium über das Landrecht, oder einen Theil desselben zu schreiben; oder der Jugend Limitationes, Ampliationes oder Exceptiones contra verba legis an die Hand zu geben, oder dergleichen ex ratione legis zu formiren" 102). Nur aus dem Grunde ihrer angeblichen Unfähigkeit „weil dergleichen Commentatoren, welchen ratio legum öfters unbekannt ist, zu vielen unnützen Disputen Gelegenheit zu geben pflegen" 103) werden Privati und Professoren beschränkt. Sonst aber wünschte v. Cocceji vielmehr das Eindringen in die rationes legum, legte auch den Advokaten und Richtern selbst keine Fesseln an 104), vielmehr bezog er sich ausdrücklich auf

101) s. oben Anm. 65.

102) Vorrede zum Th. 1 des Proj, §. 28 n. 9.

103) Proj. Lib. I. Tit 2 §. 10. Daher äußert er auch in der Vorr. zum Th. 1. §. 22, das die incertitudo juris noch leidlich gewesen sein würde, wenn nach Justinians ausdrücklichem Verbote, keine Commentaria über dieses Corpus juris wären verfertigt worden, weil sich die Advocaten und Richter einzig und allein auf die leges würden gelegt, deren wahren Sinn ergründet und die rationem legis mit mehrerem Grunde untersucht haben u. s. w.

104) An derselben Stelle, wo er Privati und Professores be-

die entscheidenden Stellen des Röm. Rechts und erklärte: 105)

„Weil aber ohnmöglich ist, alle Special-Casus in dem Landrecht zu exprimiren, so muß nothwendig ein Mittel aufgefunden werden, wie diejenige Casus, welche in dem Gesetze nicht wörtlich exprimiret sind, decidiret werden können."

„Seine Kgl. Maj. haben diejenige Mittel angewiesen, welche die Vernunft und die Römischen Rechte selbst an die Hand geben. Die Vernunft lehret uns, daß, wann bei einer jeden Materie der Gesetze General-Principia festgesetzt werden, unter sothanen Principiis alle Casus begriffen sein, auf welche die ratio sothaner principiorum applicable ist: Es gehöret also hauptsächlich zu dem Amt eines cordaten Richters in den specialiter nicht decidirten Fällen zu untersuchen, ob und wie weit dieselbe zu den principiis generalibus gehöre, das ist, ob eadem ratio legis vorhanden sei."

„Daher haben die Römischen Gesetze nicht ohne Grund behauptet, daß nicht sowol die Worte, als die ratio legis eingesehen werden müsse; folglich diese ratio legis unter dem lege begriffen, und gleichsam die Seele des legis sei."

„Hieraus fließen nun 2 Consectaria: 1) daß ein Richter in den Fällen, wo eadem ratio vorhanden, nach dem generalen Gesetze sprechen müsse. 2) daß wenn die ratio vera et unica legis cessiret, auch die dispositio legis, folglich lex ipsa, aufhöre."

„Es wäre dann, daß das Gesetz verschiedne rationes ausdrücklich angeführt hätte: oder in poenalibus eine Strafe

---

schränkt, fügt er hinzu »allermaaßen blos den Advokaten in den Prozessen identitatem rationis anzuführen erlaubt, und den Richtern ex identitate rationes zu decidiren frei gelassen ist« (l. c. Anm. 102)

105) Vorr. zum Th. 1. des Proj. §. 29.

aus besondern Ursachen wäre gesetzt worden, welche auf andre Fälle nicht extendirt werden könnte."

„Damit aber den Parteien und deren Advocaten nicht frei stehen möge, nach ihrem Gefallen eine paritatem rationis zu fingiren, und dieserwegen interpretationem bei S. Kgl. Maj. immediate, oder bei Dero Ministerio, zu suchen; So haben S. Kgl. Maj. geordnet, daß die Parteien, wann sie vermeinen, daß in den streitigen Fällen paritas rationis vorhanden, ihre rationes in den Schriften anführen, der Richter aber nach Eid und Pflicht, wann eadem ratio vorhanden, nach den Gesetzen, salvis remediis, erkennen müsse."

Damit stimmt eine andere Stelle 106), welche festsetzt: „Wann aber eadem ratio legis vorhanden, so versteht sich von selbsten, daß es zu dem Amte eines cordaten Richters gehört, die Gesetze auf alle Fälle, wo eadem ratio militirt, zu appliciren, und zu extendiren, weil es ohnmöglich ist, alle Special-Casus anzuführen und zu decidiren."

Diese Stellen, zusammengehalten mit den von Cocceji überall benutzten Römischen Gesetzen, sind wohl so entscheidend für das Recht und die Pflicht des Richters zur doktrinellen Auslegung, daß jede weitere Bemerkung unterbleiben könnte, wenn nicht einige Aussprüche des Projects, auf die sich Vornemann bezieht, doch noch eine Beseitigung erforderten.

So heißt es in dem (Anm. 106 cit.) Projecte: „Es soll keinem Richter frei stehen, dieses Unser Landrecht, wann es zweifelhaftig zu sein scheinet, zu interpretiren, oder argumento legis allerhand exceptiones, limitationes und ampliationes, nach Gefallen, und öfters ex aequitate cerebrina, zu fingiren." Hierinn liegt aber

106) Proj. P. 1. Lib. 2. Tit. 2. §. 7.

offenbar nichts als das Verbot der von Justinian sogenannten legum perversiones, die Cocceji so sehr und wiederholt mißbilligt; und wollte man wirklich mehr darinn finden, so würde doch das gleiche Resultat des Römischen Rechts heraus kommen, daß wenn unauflösliche Zweifel entstehen, diese nicht willkührlich beseitigt werden dürfen. Außer den obigen hiermit zu verbindenden Vorschriften ergiebt sich dies aber auf's Bestimmteste noch aus den über die authentische Interpretation selbst erlassenen Normen.

„Würde das Gericht finden, daß die ratio legis zweifelhaftig sei; so muß es die rationes pro et contra an das Justiz-Departement bringen, welches auf eingeholten Rath der perpetuirlichen Land-Rechts-Commission, das dubium decidiren wird: und sollen sothane decisiones jährlich zum Druck befördert werden" 107) Zugleich wird auf P. 1. Libr. 1. Tit. 2. §. 8. verwiesen, wo ausgesprochen ist „Wann dieses Unser Landrecht in einem und andern Falle den Richtern zweifelhaftig erscheinen und daher einiger Erläuterung bedürfen sollte; so stehet unsern Gerichten frei, dasjenige, was zur näheren Erläuterung gedachten Landrechts, oder dessen supplemento gereichen kann, an das Departement der Justiz-Sachen einzuschicken. . . ". Den Parteien selbst wird die Anfrage an die Commission untersagt und für diese bestimmt. „Wann also die Parteien das Landrecht als zweifelhaft angeben, müssen sie in ihren Schriften solches mit anführen: wenn aber der Richter glaubt, daß das Recht klar sei und keiner Interpretation gebrauche, muß er nach Pflicht und Gewissen die Sache decidiren, und stehet dem zweiten Theile frei in der folgenden Instanz

---

107) Vorr. zu Th. 1. §. 29 a. E. Die hier erwähnte Landrechtscommission ist nie in's Leben getreten.

per modum gravaminis die Nothdurft weiter dagegen vorzustellen".

Dem Richter ist hier somit die Erlaubniß, nicht der Befehl gegeben, sich eine authentische Interpretation zu holen, wenn er selbst nach pflichtmäßigem Forschen das Gesetz nicht als ein klares betrachten und anwenden kann. Diese Einsicht kann ihm ja aber immer erst werden, wenn er zuvor nach Anwendung aller Mittel, also auch der doktrinellen Auslegung, sich überzeugt hat, ihm mangele die Fähigkeit, sich selbst Licht zu schaffen. Daß er in jedem bedenklichen Falle, wenn der Sinn des Gesetzes nicht durch den Buchstaben klar vorlag, einer schulmäßigen Leitung unterworfen gewesen, ist demnach eine Behauptung, die nicht bewiesen werden kann 108).

Aus dem hier Dargelegten läßt sich übrigens kein Schluß auf die Folgezeit machen, da die besprochenen Stellen des Projekts des Corpus juris Frid. nie Gesetzeskraft gehabt 109). Bis zum Jahr 1781 galten also noch die gemeinrechtlichen Festsetzungen. Mit der Kabinetsordre vom 14ten April 1780 soll nun aber die Beschränkung des preußischen Richters eingetreten sein, wie insbesondere von Savigny erinnert, der nur diesen Zeitpunkt mit den späteren Folgen betrachtet. In der Kabinetsordre erklärt der König nämlich: „Wenn ich, wie nicht zu zweifeln ist, Meinen Endzweck in Verbes-

108) Die hier gegen Thöne und Bornemann ausgeführte Ansicht ist auch gründlich von Sietze Grundbegriff. S. 60. entwickelt.

109 Nur beschränkt galt es in einzelnen Landestheilen, und in Ost- und Westpreußen für Ehe- und Vormundschaftssachen wegen der Uebereinstimmung mit dem Röm. Rechte und der Observanz f. Mathis jur. Monatsschrift B. 11. S. 195. vgl. Instruction vor die Preuß. Justizkollegia d. d. Berlin 16. Septbr. 1751 §. 149. Notifikationspat. für Westpreußen vom 28. Septbr 1773 §. 13. f. noch Schweikart in von Kamptz Jahrb. H. 52 S. 301.

ferung der Gesetze und der Prozeßordnung erlange, so werden freilich viele Rechtsgelehrte bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitätenkram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütz werden. Ich werde dagegen meine getreuen Unterthanen von einer nicht geringen Last befreien, und desto mehr geschickte Kaufleute, Fabrikanten, und Künstler gewärtigen können, von welchen sich der Staat mehr Nutzen zu versprechen hat." Zugleich wird auf das Mitwirken einer Gesetz-Commission hingedeutet, welche „auch künftig beibehalten werden muß, damit bei etwa sich ereignenden Mängeln, Undeutlichkeiten oder Fehlern, solche auf eine gründliche Art verbessert, supplirt oder interpretirt werden können."

„Dagegen aber werde ich nicht gestatten, daß irgend ein Richter, Collegium oder Etats-Ministre die Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue Gesetze zu geben sich einfallen lasse; sondern es muß, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mängel an den Gesetzen oder in der Prozeßordnung finden, der Gesetz-Commission davon Nachricht gegeben, von dieser die Sache mit Rücksicht auf den Sinn und Absicht der übrigen Gesetze unter Euerm Vorsitz, genau in Erwägung gezogen, und wenn eine wirkliche Veränderung oder Zusatz nöthig wäre, Mir gutachtlicher Bericht darüber erstattet werden."

Hieraus allein läßt sich indeß nicht ein genügendes Resultat ziehen: denn diese Kabinetsordre ist kein allgemeines Gesetz, sondern nur eine Instruction an v. Carmer, dem es auch insbesondere überlassen wird, „der Sache ferner nachzudenken, und das Erforderliche zur Ausführung derselben zu veranstalten." Friedrich der Große war nicht nur nicht

ein Verächter oder Feind, sondern ein vorzüglicher Pfleger der Wissenschaften, und unmöglich konnte es in seinem Interesse liegen, die wahre Jurisprudenz zu verbannen 110). Die Kabinetsordre ist auch nicht gegen alle, sondern nur gegen viele Rechtsgelehrte, gegen die Advokaten und die sogenannten Legulejen und Rabulisten unter ihnen und andern Justizbeamten gerichtet, zu welchen Friedrich kein besonderes Vertrauen haben konnte 111). Es kommt daher noch darauf an, die verschiedenen unsern Gegenstand betreffenden Gesetze dieses Monarchen, welche sich der Kabinetsordre anschlossen, selbst zu prüfen 112), für deren Verständniß und billige Beurtheilung man auf die Zeitverhältnisse und besonders auf die durch den Müller

---

110) Dagegen sprechen auch die oben Anm. 60 und 65 angedeuteten Requisite für die Justizbedienten. s. auch S. 33. Anm. **.

111) Der Verfall des Advokatenstandes in jener Zeit ist bekannt genug. Mußte doch der Vater des großen Königs kurz vor seinem Tode noch ein Edikt erlassen »daß diejenigen Advokaten, Prokuratoren und andere Concipienten, welche sich unterstehen Leute aufzuwiegeln, und in abgethanen und abgedroschenen Sachen Sr. Königl. Maj. immediate Memorialien zu übergeben, oder auch in andern Justiz- und Gnaden-Sachen durch Soldaten übergeben zu lassen, ohne alle Gnade und Pardon, mit einem Hunde an der Seite, aufgehangen werden sollen, und daß dieses Edickt 8 Tage nach beschehener Publikation seinen Anfang nehmen solle« d. d. Berlin den 16. Nov. 1739. Königsb. in der Reißnerschen Buchdruckerei. — Auch spricht sich darüber sehr bitter Suarez aus in der Anweisung über die Hauptgrundsätze und das Wesen der neuen Prozeßordnung (Mathis allg. jur. Monatsschrift B. 11 S. 271. — Vorbericht zum Corp. jur. Frideric. S. XVII. f.)

112) Diese Entwicklung kann hier nur mehr darauf hingehen, die Resultate der Quellen darzulegen, da die weitere Auseinandersetzung die Grenzen dieses Aufsatzes überschreiten würde. Vielleicht werde ich selbst später ausführlicher darüber handeln, oder Herr Tribun.-Rath Bobrick sich dieser Arbeit unterziehen, welchem ich für die bei Auseinandersetzung dieses ganzen Punktes mitgetheilten trefflichen Winke und Beiträge hier öffentlich zu danken mich gedrungen fühle.

Arnold'schen Prozeß erfolgte Aufregung sein Augenmerk zu richten hat.

In Betracht kommt hier zuerst das Publikations — Patent zum Corpus juris Fridericianum vom 26. April 1781. 113). Darin erklärt der König insbesondere. „Wir verbieten ausdrücklich, daß kein Collegium, Gericht oder Justizbedienter sich unterfangen solle, dieses neue Gesetz nach jenen ältern hiedurch aufgehobenen Verordnungen zu erklären oder auszulegen. Es soll vielmehr, wenn irgendwo über den Sinn und die Anwendung einer oder der andern Stelle des neuen Gesetzbuchs, in vorkommenden Fällen Zweifel oder Bedenken entstehen möchten, darüber jedesmal bei der Gesetzkommission .... gehörig angefragt; und die von besagter Commisison ihrer Instruction gemäß abgefaßten Decisa, sollen unweigerlich zur Richtschnur angenommen und pünktlich befolgt werden."

Auch hieraus würde sich noch kein entscheidendes Urtheil entnehmen lassen, da man in diesen Worten einen ähnlichen Sinn zu suchen veranlaßt sein könnte, wie ihn die Justinianischen Constitutionen enthalten — wenn nicht die einzelnen Gesetze des Corp. jur. Frid. eine solche Deutung durchaus umstießen. Es ergiebt sich vielmehr die bestimmte Intention Friedrich's II auf eine wirkliche Beschränkung der Preuß. Richter, und diese ist wohl schon in der Kabinetsordre von 1780 bezeichnet, mit größerer Bestimmtheit aber in dem eben erwähnten Publikationspatente und in dem Corp. jur. Frid. selbst ausgesprochen.

Die Hauptstelle, auf welche sich die übrigen meistens zurückbeziehen, ist

113) Hinter dem 4ten Theil des Corp. j. Frid. S. 172—75 und in der Ediktensammlung von 1781 n. XVIII. S. 249. 250.

Theil. I. Tit. 13. §. 7—9.

„Ueber streitige Facta entscheidet die Mehrheit der Stimmen im Kollegio. Wird über eine Rechtsfrage gestritten, welche nach Befinden der Pluralität des Collegii in den vorhandenen Gesetzen gar nicht, oder nicht deutlich genug entschieden ist, so muß darüber bei der Gesetz-Comission angefragt, und declaratio legis nachgesucht werden."

„Zu dem Ende wird, mit Verschweigung des Namens der Parteien, vom Referenten eine vollständige species facti entworfen, die Frage selbst bestimmt und passend aufgestellt, und ein aus den Grundsätzen und der Analogie des Rechts genommenes Gutachten über deren Entscheidung beigefügt, und das darauf erfolgende Decisum der Gesetzcommission bei Abfassung des Erkenntnisses zum Grunde gelegt." 114)

Diese Vorschrift gilt für alle Richter. In Beziehung auf das Instanzenverhältniß sind aber noch genauere Normen erlassen.

Wenn nämlich ein Unterrichter zweifelt, ob ein in facto widersprochener Umstand erheblich, und also Beweis darüber aufzunehmen sei, oder nicht, und wahrzunehmen

---

114) Eine Erläuterung dieser Vorschrift erfolgte noch durch das Circulare vom 19. März 1782 sectio V. (Ediktensamml. d. J. S. 911). Die Anfrage sei nothwendig: 1) Wenn überhaupt die Pluralität des Collegii die vorliegende quaestionem juris für zweifelhaft hält. 2) Wenn der Re- und Correferent über eine vorkommende Rechtsfrage verschiedener Meinung sind, und das Collegium bei dem Votiren getheilt bleibt. — Sodann bestimmte das Circulare vom 20. Septbr. 1783 sect. VIII. §. 12 (Ediktensamml. d. J. S. 2462—63.) noch genauer über die Methode zu referiren, es solle in Zweifelsfällen »der Referent die in den Deductionen vorkommenden argumenta juris beiden Theilen gehörig vortragen, und seine eigne Meinung, wie die streitige Rechtsfrage zu beantworten sei, cum rationibus angeben; welchemnächst das Collegium erwägen muß: in wiefern quaestio juris wirklich dubia sei, und es also einer Anfrage an die Gesetz-Commission bedürfe.«

glaubt, daß dies von einer zweifelhaften Rechtsfrage abhange, so muß er beim Obergerichte, mit Beifügung eines status causae und seines Gutachtens, allenfalls auch, wenn die Sache sehr weitläufig und wichtig ist, mit Beilegung der Acten selbst, um Belehrung anfragen.

Das Obergericht prüft dann: ob es bei der Sache auf eine zweifelhafte Rechtsfrage ankomme, welche durch klare Gesetze nicht entschieden ist: oder ob die aufgeworfene Rechtsfrage in den vorhandenen Gesetzen deutlich entschieden sei, also der Zweifel des Unterrichters nicht in der Sache selbst, sondern blos in einem subjektiven Mangel der Kenntniß bei ihm seinen Grund habe:

Ist das Gesetz ganz klar, so muß der anfragende Unterrichter sofort beschieden, und mit der nöthigen Anweisung versehen werden, welche dann bei der Instruction zu befolgen ist. Bei der Abfassung des Erkenntnisses kann der Unterrichter aber frei und unverschränkt nach seiner besten Einsicht und Ueberzeugung entscheiden. Kommt es dagegen wirklich auf eine zweifelhafte Rechtsfrage an, so muß darüber erst das Decisum der Gesetzkommission eingeholt und dann der Unterrichter wegen der ferneren Instruction beschieden werden.

Th. II. Tit. 1. §. 8—14. 115)

Eben so soll der Unterrichter bei der Abfassung des Erkenntnisses, wenn die Entscheidung der Hauptsache von einer zweifelhaften Rechtsfrage abzuhangen scheint, beim Obergerichte anfragen, und dieses soll ihn je nachdem es bei nä-

115) Diese wegen Anfrage bei der Gesetzcomm. im Laufe der Instruction den Unterrichtern gegebenen Vorschriften sollen nach Circul. vom 20. Sept. 1783 sect. V. §. 22. (Ediktensamml. d. J. S. 2432. 33.) auch von den Obergerichten beobachtet werden, « wenn die Entscheidung der Frage: ob ein Factum erheblich und also Beweis darüber aufzunehmen sei: von dem Verstand und der Auslegung eines nicht deutlichen Gesetzes, und also von einer zweifelhaften Rechtsfrage abhänge.«

herer Erwägung findet, daß die aufgeworfene Frage durch ein klares Gesetz entschieden, oder wirklich zweifelhaft sei, auf dies Gesetz verweisen, oder den Fall zur Entscheidung der Gesetzkommission befördern.

Th. II. Tit. 1 § 20.

Das Obergericht ist hierbei also auch stets gebunden, und darf eine auch ihm zweifelhafte Rechtsfrage nicht selbstständig entscheiden, selbst dann nicht, wenn es im Resultate mit dem vom Unterrichter gegebenen Gutachten übereinstimmen sollte, wie dieses der von Klein (in den Annalen Band 2. S. 278—282) erzählte Fall beweist, in welchem das Untergericht und damit harmonirend das Obergericht aus der Analogie zu einer entschiedenen Ueberzeugung gelangt war, dennoch aber, aus dem Grunde, daß es die Analogie angewendet hatte, erst die Decision der Gesetzkommission einholen mußte, die nun übrigens eine gleiche Entscheidung erließ.

Ferner bestimmt Th. I. Tit. 14 §. 45,

„Hat der Richter erster Instanz über die streitige Rechtsfrage gesprochen, ohne dergleichen Conclusum von der Gesetzkommission einzuholen; und der Appellations-Richter ist wegen Entscheidung dieser Rechtsfrage anderer Meinung; so muß von ihm dergleichen Conclusum, nach der Vorschrift des Tit. 13, gleichergestalt eingeholt werden."

Dasselbe galt auch für den Revisionsrichter, denn

„Wenn ein Urtheil in den oberen Instanzen aus Gründen reformirt werden soll, welche nicht ex facto, sondern blos ex jure hergenommen sind, und vorauszusetzen, daß judex a quo in jure geirrt, die Entscheidung aus einem unrechten Gesetze genommen, oder das Gesetz falsch verstanden habe" 116)

so soll bei der Gesetzkommission angefragt werden. Dies

116) Circ. vom 19. März 1782 sect. V. n. 3 (Ediktensamml. d. J. S. 912).

mußte geschehen, selbst wenn dem Revisionsrichter die Entscheidung ganz klar war, wenn er erkannte, daß das anzuwendende Gesetz gar keine Interpretation erforderte, daß dasselbe nur vom vorigen Richter ignorirt und ein ganz falsches Gesetz angewendet worden. Ja sogar im Falle der Bestätigung mußte der Revisionsrichter noch die Anfrage nachholen, wenn die früheren Richter dieselbe unterlassen hatten, und der Revisionsrichter seinerseits das Gesetz zweifelhaft oder gar kein Gesetz fand, wenn die vorigen Richter die Sache auch nicht bezweifelt hatten. 117).

Von ganz gleichen Prinzipien gehen auch die übrigen unsern Gegenstand betreffenden Festsetzungen aus. Wie namentlich, wenn die Parteien selbst gegen den instruirenden Unterrichter den Rekurs beim Obergerichte ergreifen. So Th. II. Tit. 1 §. 15—19. 118) vgl. Th. I. Tit. 14 §. 44. 118a). in Beziehung auf Bagatellsachen,

---

117) s. Kabinetsordre vom 1. Nov. 1786 (Ediktensamml. d. J. S. 195—98) »Wenn in einem solchen Falle die erforderlich gewesene Anfrage von dem Richter der ersten Instanz unterlassen worden, und die Sache hiernächst in dritter Instanz an das Tribunal gelange, soll dieses sobald es finde, daß die Entscheidung des Prozesses wirklich auf einer solchen zweifelhaften Rechtsfrage beruhe, die Acten an den instruirenden Richter zurückschicken und denselben anweisen, die erforderliche speciem facti mit Zuziehung der Parteien und deren Beistimmung aufzunehmen, und solche der Gesetzcommission vorzulegen, nach erfolgter Declaration aber, und wenn es die Parteien auch alsdann noch auf das Revisions-Erkenntniß ankommen lassen wollten, die Acten mit dem Concluso der Gesetzcommission anderweit an das Tribunal einzusenden.« Einen hiernach revidirten Rechtsfall von 1794 s. in Klein's Annalen Band 13 S. 340—42. vgl. Auszug der neueren gemeinen Preuß. Gesetze und Verordnungen ... bei der Pommerschen Regierung. H. 1—4. S. 27 n. 26. (Stettin 1797. 8.)

118) Die bedeutende Abweichung in diesem Punkte nach dem Project des Corp. jur. Frid. s. oben S. 44.

118a) §. 44 bestimmt »Ist eine Rechtsfrage streitig und in erster Instanz ein Conclusum der Gesetzcommission darüber eingeholt wor-

Th. II. Tit. 2. §. 11 n. 6.

in Merkantilsachen, wenn die zugezogenen Sachverständigen nicht übereinstimmen,

Th. II. Tit. 6. §. 8. 118b).

Zu verbinden ist hiermit noch das Patent wegen Organisation der Gesetzkommission vom 29. Mai 1781 119), wo in §. 9 als Geschäfte der Kommission aufgezählt werden

a) Die Prüfung und Entscheidung der bei den Landescollegiis vorkommenden und von selbigen einberichteten streitigen Rechtsfragen.

b) Der gutachtliche Vorschlag neuer Gesetze, wo ihr dergleichen erforderlich zu sein scheinen, und der etwa nöthigen Verbesserungen und Abänderungen älterer bereits vorhandener Gesetze.

Außerdem wird §. 11. 12. 21. 23. daselbst erinnert:

„So lange eine Rechtsfrage nach deutlichen Vorschriften, oder nach einer ganz klaren und richtigen Analogie der bereits vorhandenen Gesetze entschieden werden kann, ist die Gesetzkommission befugt ihr Conclusum darüber, nach der Mehrheit der Stimmen, dergestalt abzufassen, daß solches nicht nur in dem vorliegenden Falle, welcher zur Anfrage Gelegenheit gegeben

---

den; der Appellant aber behauptet, daß der Richter erster Instanz der Gesetzcommission die speciem facti nicht richtig oder nicht vollständig vorgetragen habe; so muß das Collegium, welches auf die Appellation zu sprechen hat, wenn es die Angabe für gegründet hält, für allen Dingen eine richtigere und der wahren Lage der Sache gemäßere speciem facti formiren, und solche an die Gesetzcommission einsenden.“

118b) Außerdem gehört noch hierher Th. I. Tit. 23. §. 3 n. 5. hinsichtlich des Kostenpunkts.

119) Ediktensammlung von 1781 S. 337 f.

hat, sondern auch in künftigen gleichen Fällen zur Richtschnur dienen muß."

„Sobald es hingegen darauf ankommt: daß entweder über eine Materie oder in einem Falle, wo es noch an hinlänglichen und bestimmten Vorschriften mangelt, ein neues Gesetz gegeben werde, oder ein bisher subsistirtes älteres Gesetz, als der natürlichen Billigkeit, der Analogie des Rechts, oder dem gemeinen Besten zuwiderlaufend, aufgehoben und geändert werden soll: so kann die Gesetzkommission sich keiner Entscheidung anmaaßen, sondern sie muß blos ihr pflichtmäßiges Gutachten, zum weiteren Vortrage bei Unsrer Allerhöchsten Person, abgeben."

Hiernach stellt sich als unbedenkliches Ergebniß heraus, daß nach diesen Gesetzen die Richter aller Instanzen zu einer selbstständigen doktrinellen Interpretation und zur Benutzung der auf solchem Wege gewonnenen Ueberzeugungen nicht befugt waren, daß sie vielmehr in jedem Falle, wo Zweifel obwalteten und es auf Interpretation und Analogie ankam, ein Decisum der Gesetzkommission einholen mußten. Diese selbst dagegen hatte die früher allen Richtern zustehenden Functionen erhalten, und war daher nur dann zum Nachsuchen der authentischen Auslegung verpflichtet, wenn ein neues Gesetz gegeben und ein älteres aufgehoben oder geändert werden sollte 120). Auch war dies wohl der Fall, wenn der Commission die ratio legis selbst unverständlich blieb, obwohl dies das Edikt nicht ausdrücklich hervorhebt.

Daß aber, wie von Savigny andeutet, und Bornemann bestätigt, das Richteramt zu einem rein mecha-

---

120) Daher irrt Sietze S. 15 f. 71 f., wenn er annimmt, Friedrich II. habe von gleichen Grundsätzen, wie das Project des Corp. jur. Frid. ausgehend, nur dann Anfrage vorgeschrieben, wenn der Richter nicht die ratio legis deuten konnte.

nischen geworden, kann nicht zugegeben werden: denn wie die ganze berührte Legislation beweist, bedurfte es ja stets einer pflichtgemäßen Erforschung, um erst darüber in's Klare zu kommen, ob das Gesetz zweifelhaft sei oder nicht. Jeder Richter interpretirte also mit Zuziehung aller wissenschaftlichen Mittel, und unterschied sich von der Wirksamkeit der Gesetzcommission, die nach dem Zugeständnisse Bornemann's die nicht mechanischen Functionen auszuüben hatte, nur dadurch, daß er nur ein consultatives, „aus den Grundsätzen und der Analogie des Rechts entnommenes Gutachten", diese aber eine decisive Entscheidung abgab 121).

Dazu kommt aber noch, daß die Entscheidung der Commission nun auch auf den konkreten Fall angewendet werden mußte und überhaupt jede quaestio facti dem Richter überlassen war, wobei nicht selten neue Schwierigkeiten entstehen konnten. 122).

Uebrigens sollte die Gesetzkommission und die Anfrage an dieselbe nach dem Plane Friedrich's II. eine dauernde sein. Darauf deutet schon, wenn man den organischen Entwickelungsgang dieser Norm festhält 122a), die Kabinetsordre von 1780 in den Worten:

---

121) Man darf nur die oft höchst ausgezeichneten Gutachten der Preuß. Richter in Klein's Annalen vergleichen, und zugleich erwägen, daß ja in überaus vielen Fällen die Commission pure das votum consultativum der Anfragenden bestätigte.

122) vgl. Klein's Annalen B. 3. S. 302. B. 5. S. 153. Stengels Beiträge B. 5. S. 225. und die cit. Gesetze selbst.

Will man es übrigens mechanische Gesetzesanwendung nennen, daß bei Entscheidung der quaestio juris der Gesetzkommission gefolgt werden mußte, so würde man es auch für mechanisch halten müssen, wenn der Referent sein durch die Abstimmung modificirtes oder reformirtes Urtheil, vielleicht gegen seine eigene Ueberzeugung, abfassen muß, was im gemeinen und Preuß. Verfahren gar nicht selten ist.

122a) Auf diesen Zusammenhang der Kabinetsordre, des Patents zum Corpus juris Frideric. und für die Gesetzkommission deutet

„Dergleichen Gesetz-Commission muß auch künftig beibehalten werden, damit bei etwa sich ereignenden Mängeln, Undeutlichkeit oder Fehlern der Gesetze, solche auf eine gründliche Art verbessert, supplirt oder interpretirt werden können" und unumwunden ist dies in dem Edikt wegen Einrichtung der Gesetzkommission vom 29. Mai 1781 §. 10 ausgesprochen:

„Bei der Prüfung und Entscheidung der an sie gelangenden streitigen Rechtsfragen muß die Gesetzkommission, sobald das neue Gesetzbuch völlig zu Stande gebracht und publicirt sein wird, sich lediglich nach diesem, bis dahin aber nach den in jeder Provinz üblichen gemeinen und besondern Provinzialrechten, landesherrlichen Edikten und Verordnungen, und mit den erforderlichen Requisitis versehenen Statutis richten."

Auch ergiebt sich dies aus den späteren die Anfrage betreffenden Gesetzen von 1782, 1783 und 1786. 123). Eine Andeutung der später aufzuhebenden Anfrage nach Vollendung des Gesetzbuchs ließe sich eher in der Kabinetsordre Friedrich Wilhelm's II. vom 1. Novbr. 1786 annehmen: denn nachdem hier eingeschärft worden, daß die älteren Vorschriften genau zu befolgen seien, wird geäußert, es sollten „die Unterthanen so wenig als möglich leiden, und besonders prozeßführende Parteien nicht genöthigt sein, in

---

auch ausdrücklich gleich der Eingang zu dem letzteren Edikt vom 29. Mai 1781.

123) s. Anm. 114. f. — Sietze, Grundbegriff S. 75., hat diese Verordnungen übersehen, und behauptet deshalb nicht richtig „Sonach ergiebt sich — (d. h. aus der Kabinetsordre und dem Corp jur Frid. Thl. I. Tit. 13. §. 7. 8. — Sietze S. 72.) — also ganz klar, daß die Anfrage des Richters bei der Gesetz-Commission für die Zeit nach Emanation des Gesetzbuchs ganz und gar nicht von Friedrich beabsichtigt war, daß er folglich seinen Nachfolgern nicht vorgegriffen, vielmehr jene Anfrage lediglich für das Bedürfniß seiner Zeit durch eine ganz specielle Vorschrift angeordnet war." vgl. S. 565.

Fällen, wo es an deutlichen und hinlänglich bestimmten Gesetzen für jetzt noch fehle, die Entscheidung ihrer Gerechtsame einer bloßen richterlichen Willkühr und den auf schwankenden, unzuverläßigen Raisonnements gegründeten, oft einander selbst widersprechenden Auslegungen der verschiedenen Gerichtshöfe zu überlassen."

Die Beschränkung des Richters wurde also durch Friedrich II. selbst noch nicht relaxirt, und findet sich auch noch in dem Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preuß. Staaten keinesweges modificirt. In der Einleitung zum ersten Th. §. 34. 35 ist hier vorgeschrieben:

„Der Richter darf bei Entscheidung streitiger Fälle den Gesetzen keinen Sinn beilegen, der nicht durch die Worte, den Zusammenhang und den Gegenstand des Gesetzes deutlich bestimmt ist."

„Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er vor Abfassung des Urtheils die Erklärung der Gesetzkommission einholen."

Daraus ergiebt sich also: Der Richter darf nicht selbstständig ein undeutliches Gesetz zur Urtheilsfällung benutzen. Undeutlich ist aber ein Gesetz, wenn nicht dessen Worte, also der einfache natürliche Wortsinn, ohne jeden Doppelsinn, der Zusammenhang der Worte und des Gesetzes d. i. der nexus materiae, praecedentium et consequentium, und der Gegenstand des Gesetzes d. i. das im Gesetze bezeichnete Objekt, das jetzt bestritten wird, völlig klar ist. Jede über den einfachen Wortverstand hinausgehende Deutung ist also verboten, und so sehen wir die Vorschriften über die Anfrage, wenn das Gesetz nicht deutlich genug, nicht ganz klar ist, wie sie sich im Corp. jur. Frid. Th. I. Tit. 13. §. 7., Th. II. Tit. 1. §. 10. 11 finden, blos bestätigt.

Ueber den Fall, wenn es an einer gesetzlichen Vorschrift ganz fehlt, ist im Entwurfe nichts erwähnt. Hier ist denn,

da sich keine andere Absicht ergiebt, anzunehmen, daß es bei der alten Beschränkung bleibe, also dann, wie früher, das Decisum der Commission erbeten werden sollte, welche ja selbst in dubio zur Einholung der Höchsten authentischen Interpretation verpflichtet war.

vgl. Edikt vom 29. Mai 1781 und Kab.-Ordre vom 1. Novbr. 1786.

Für diese Ansicht über die im Entwurfe beibehaltene Beschränkung sprechen auch der §. 39 eod.

„Wenn von Ausdehnung oder Einschränkung eines Privilegii die Rede ist, so muß darüber beim Gesetzgeber selbst angefragt werden."

und der §. 104 in Rücksicht auf die Collision der Rechte

„Ermangelt der gesetzliche Grund zu einer solchen Bestimmung (welches Recht nämlich das stärkere sei (jus potius) §. 103), so kann nur das Oberhaupt des Staats dieselbe, nach dem Erfordernisse des gemeinen Besten, ertheilen"

Daher hat v. Savigny (l. c.) Recht, während Bornemann sich selbst widerspricht, bald behauptend, der Entwurf entspreche ganz der Cabinetsordre von 1780, und das Landrecht habe Dasselbe nur schärfer und bestimmter ausgedrückt, bald erklärend, der Entwurf habe der Wissenschaft schon eine angemessenere Stellung eingeräumt, und noch weiter gehe das Landrecht. 124).

Dagegen ist die Andeutung Friedrich Wilhelm's II. in der Kabinetsordre vom 1. Novbr. 1786, bei der Abfassung des allgemeinen Gesetzbuchs selbst (Einleitung §. 50. 63.) und in dem damit wörtlich übereinstimmenden Allgemein.

---

124) systemat. Darstellung § S. 216. 217. Anm. Siehe Grundbegriff S. 61. f. Anm. ist der Ansicht, daß im Entwurfe, den er mit den Festsetzungen des Landrechts übereinstimmend glaubt, der Richter nicht in solchem Grade beschränkt gewesen sei.

Landrechte (Einleitung §. 46. 59.) schon berücksichtigt und eine freiere Stellung des Preußischen Richters vorbereitet.

Durch den §. 53. 54. des Allg. Ges.-B., d. i., §. 49. 50. des Landrechts, wird bestimmt:

„Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falls dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß erkennen. Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen"

Hierinn liegt also eine ähnliche die Anwendung der Analogie gestattende Vorschrift, wie sie von Cocceji (s. oben S. 43 f.) aufgestellt war, während das Corpus juris Fridericianum Th. I. Tit. 13. §. 7. für diesen Fall ausdrücklich das Einholen des Decisums der Gesetzkommission vorgeschrieben hatte (s. S. 49). Zugleich ist auch der §. 104 des Entwurfs ganz weggelassen, und im Fall einer Collision der Rechte nach dem

Allg. Ges.-B. Einl. §. 102—5. Allg. Landrecht §. 95—98.

dem Richter freie Entscheidung überlassen.

In die Stelle der §. §. 34 und 35 des Entwurfs ist ferner das

Allg. Ges.-B. §. 50. 51. Allg. Landrecht §. 46. 47.

getreten, und bestimmt:

„Bei Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhang derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellet."

„Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzkommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.“

Der die Auslegung des Privilegii beschränkende §. 39. des Entwurfs ist aber im Allg. Gesetzbuche und Landrechte fortgelassen.

Hieraus folgt also, daß wenn der Richter aus dem Wortsinne und dem Zusammenhange der Worte in Beziehung auf das Streitobjekt das Gesetz nicht zu deuten im Stande ist, er nicht sofort, wie nach dem Corp. jur. Frid. und dem Entwurf, zu einer Anfrage verpflichtet ist, sondern er jetzt noch auf die ratio legis sein Augenmerk richten, also selbst im Widerspruche mit den Worten und deren Zusammenhange eine Entscheidung erlassen darf: weil

> etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.

Er kann also auch extensiv und restrictiv interpretiren. Indeß ist er hierbei doch noch nicht ohne alle Fesseln: denn nur auf die nächste unzweifelhafte ratio legis darf er sein Urtheil gründen, nicht auf entfernter liegende rationes 125). Er muß vielmehr in einem solchen Falle nur die entfernteren

---

125) Ueber das Verhältniß des nächsten unzweifelhaften Grundes zu den entfernteren Rationes lassen sich verschiedene Ansichten aufstellen. Der nächste, das ist der unmittelbare Grund, ist die eigentliche Absicht des Gesetzgebers (mens legislatoris), welche nach dem Landrechte vom Richter zu benutzen ist. Dagegen darf er nicht auf die ratio legis im engern Sinne (im weitern Sinne gehört auch mens legislatoris dazu) eingehen, welche den Grund für die mens abgiebt, in sofern also der mittelbare, entferntere Grund des Gesetzes ist. vgl. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts n. VII. S. 161 f. (Heidelb. 1829. 8.)

Gründe ermitteln und mit einem Gutachten an die Gesetz-kommission einschicken. Zu einer freien und doktrinellen, selbstständig zu benutzenden Interpretation ist er nicht befugt. Er muß anfragen, sobald das Gesetz nicht die bezeichnete Klarheit hat, wenn er sich auch selbst durch weitere Forschung Aufklärung verschafft hat 125a).

Nach diesen Grundsätzen sind auch in der Allgemeinen Gerichtsordnung die entsprechenden Stellen des Corpus juris Frid. geändert oder beibehalten: vgl.

A. G.-O.	I. 10. §. 52	u.	C. j. F.	II. 1. §. 8—9.	
= = =	I. 13. §. 32—35	=	= = =	I. 13. §. 7—9.	
= = =	I. 14. §. 60	=	= = =	II. 6. §. 8	
= = =	I. 14. §. 65	=	= = =	I. 14. §. 45	
= = =	I. 23. §. 3 n. 5.	=	= = =	I. 23. §. 3 n. 5.	
= = =	I. 25. §. 6—13. 19. 20.	=		II. 1. §. 8—14 20.	
= = =	I. 26. §. 5 n. 6.	=	= = =	II. 2. §. 11 n. 6.	
= = =	I. 30. §. 8	=	= = =	II. 6. §. 8.	

Wenn ein Gesetz ganz fehlt, so entscheidet jeder Richter in der untern und oberen Instanz hiernach ex analogia,

A. G.-O. I. 25 §. 13. 20.;

wenn dagegen ein Gesetz dunkel, zweifelhaft, nicht deutlich ist, bleibt es bei der früheren Anfrage in allen Fällen,

---

125a) daher irrt Ludwig (Commentar zum allgem. Landrecht Th. 1 Abthl. 1. S. 51. Breslau 1804.) — wenn er allgemein behauptet, daß §. 46 dem Richter interpretationem grammaticam et logicam gestatte, und Bielitz (Commentar zum allg. Landrecht I. S. 158), wenn er aus den §§. 46—50 folgert," daß man zur authentischen oder legalen Interpretation nur dann erst seine Zuflucht nehmen darf, wenn die doktrinelle Auslegung vergebens versucht worden ist.

A. G.-O. I. 13. §. 32. f. I. 10. §. 52. I. 14. §. 65. I. 25. §. 10. 126).

Uebrigens darf man sich nicht darüber wundern 127), daß der Richter beim Mangel jedes bestimmten Gesetzes analog interpretiren, bei dunkeln und zweifelhaften Gesetzen aber anfragen mußte 128): denn in jenem Falle wäre ja beim Erlassen eines neuen nothwendig gewordenen Gesetzes der Grundsatz verletzt worden, daß keiner neuen Vorschrift rückwirkende Kraft beigelegt werden dürfe, während bei der Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes durch die Gesetzkommission nur bestimmter der wirklich und einzig wahre Sinn desselben entwickelt werden konnte, den Parteien also dadurch kein Unrecht zugefügt wurde. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn es zur authentischen Interpretation kommt: denn ist diese eine wahre authentische Interpretation, so ist sie an die Regeln der Wissenschaft gebunden, kann also als keine ein neues Gesetz begründende betrachtet werden, was bei einer blos scheinbar authentischen Interpretation der Fall wäre.

Diese Bestimmungen galten bis zum Jahre 1798: denn durch die Kabinets-Ordre vom 8. März d. J. 129) wurde

---

126) Bemerkenswerth ist noch das Wegfallen der Anfrage im Falle wenn sich Sachverständige widersprochen haben, und die bloße Annahme eines Obmannes. (A G.-O. I. 14. §. 60. I. 30. §. 8). Die Festsetzungen wegen des Kostenpunkts (I. 23. §. 3. u. 5.) und wegen der Bagatellsachen (I. 26. §. 5. n. 6.) sind unverändert beibehalten.

127) Paalzow observationes fasc. II. p. 14. „Si judex casum, quem nulla lex scripta decidit, sua sententia dirimere potest, non video, quare non obscurae legi ex ratione et analogia juris lucem accendere queat?

128) Grävell Commentar zur allg. Gerichtsord. Th. 2. S 674. Thöne §. 26.

129) Akad. Ediktensamml. d. J. S. 1609 f. Stengel Beiträge VI. S. 154. f.

durch des jetzt regierenden Königs Majestät die Anfrage der Gerichtshöfe bei der Gesetzkommission im Laufe des Prozesses gänzlich abgeschafft, da wie sich der Regent ausdrückt „Ich nicht einsehe, warum die Richter nicht eben so gut zweifelhafte Gesetze sollten erklären können, wie sie Fälle entscheiden müssen, worüber es an einem Gesetze gänzlich ermangelt.“ Darauf folgte das Rescript vom 21. März d. J. 130), wodurch die freiere Stellung des Richters erneuert wurde. 131).

---

130) Erster Anhang zum allg. Landrecht §. 2. „Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die Anfrage an die Gesetz-Commission während des Laufes des Prozesses nicht mehr statt. Er muß aber die vermeinte Dunkelheit der Gesetze dem Chef der Justiz zum Behufe der künftigen Legislation anzeigen“ vgl. Anhang zur allg. Ger.-Ordn. §. 77. (zu I. 10. §. 52.)

131) Eine Ausname singulärer Art bildet hier die Königl. Kab.-Ordre vom 25. Jan. 1823 (Gesetzsamml. S. 19.) Thöne §. 27. Anm. 6. Vgl. §. 13. Anm. 6. — Klüber die Selbstständigkeit des Richteramts. Frankf. a. M. 1832. irrt, wenn er behauptet, es sei jene Vorschrift nicht regelmäßig als Gesetz erlassen. Was aber die Sache selbst betrifft, das vom auswärtigen Ministerium im Falle des Zwiespalts der Parteien einzuholende Gutachten über das Verständniß von Staatsverträgen, so läßt sich dafür aus guten Gründen sprechen, weil wirklich nicht alles die Sache aufklärende Material hinlänglich bekannt gemacht wird, auch nicht immer bekannt gemacht werden kann, und darum das Conclusum einer Behörde wünschenswerth sein muß, welche vollständigere Kunde hat, als jeder andere Richter. vgl. noch Kleins Annalen B. II. S. 203. Wenn aber Weidmann (Hat S. Majestät der König von Preußen das Recht, die Entscheidungen der Gerichtsbehörde . . . . abhängig zu machen? Merseb. 1832.) in den „Aeußerungen des Ministerii, nach welchen bei der Entscheidung lediglich zu achten“ nur das Gutachten Sachverständiger findet, so ist dies zu allgemein gefaßt. In einzelnen Fällen ist wohl sicher nichts weiter darinn zu finden, nicht aber unbedingt: und wenn W. um die Identität der Aeußerung des auswärtigen Ministerii mit einem Gutachten Sachverständiger zu belegen, sich darauf stützt, daß der In-

Die eigentliche Absicht Friedrichs des Großen bei der Anordnung der hier besprochnen Maaßregeln war die Begründung eines sichern und gleichen Rechts, worauf bei der damals im Ganzen nicht so vorzüglich Beschaffenheit des Richterstandes und der Advokaten besonders zu achten war. Die engeren Grenzen mußten nothwendig mit der Zeit fortfallen, und ein doppelter Weg stand offen, entweder, daß der Richter ganz emancipirt wurde 132), oder daß demselben die Pflicht auferlegt ward im Falle seiner eignen Unfähigkeit

stanzenzug den Gerichten nicht untersagt worden, die Aeußerung des Ministerii also angefochten werden kann (a. a. O. S. 32. 33.) so ist dies ein Irrthum, wie sich aus dem früheren Verhältnisse der Gesetz-Commission ergiebt, deren Conclusa stets bindend waren, obwohl sie den Instanzenzug nicht verhinderten (s. S. 67 f. dieses Aufsatzes). Das ältere Verhältniß wegen Anfrage im Laufe des Prozesses besteht außerdem noch bei den Militärgerichten. Schon die älteren Kriegsartikel bestimmen für verschiedene Fälle eine Anfrage und Einholen eines Gutachtens. Insbesondere bestimmte die Declaration vom 20. März 1797. §. 9. 10., daß über Auslegung der Kriegsartikel angefragt werden solle; und die Verordnungen wegen der Militär-Strafen d d. 3. August 1803. Königsberg. S. 14 „alle höhere Strafen . . . finden nur durch den Ausspruch eines Kriegsgerichts statt. Die von diesem abgefaßten Erkenntnisse . . . . werden mit einem vom Auditeur angefertigten richtigen Auszuge aus den Acten und mit den Acten selbst an das General-Auditoriat zur weitern Beförderung eingesandt. An letztes gelangen auch nach wie vor die Anfragen welche bei zweifelhaften Fällen die rechtliche Instruktion des Untersuchungs-Prozesses oder die Entscheidung solcher Vorfälle, die in den Kriegsartikeln nicht genau ausgedrückt sind, oder nicht nach analogischen Gründen entschieden werden können, betreffen, und das General-Auditoriat muß darüber nach Befinden an S. Majestät zu authentischer Erklärung berichten.“

132) So bestimmt der Code Napoléon im titre prélim. art. 4 „Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l' insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice“

ein dunkles und zweideutiges Gesetz auszulegen, sich an eine Gesetzkommission zu wenden, welche im äußersten Nothfalle an den Regenten selbst gehen konnte 133). Absolut zu entscheiden, welcher Weg der bessere sei, dürfte nicht so leicht sein, und aus der Natur des Verhältnisses lassen sich für beide Mittel gewichtige Gründe anführen 134). Daher kann man für eine bedingte Mitwirkung einer Gesetzkommission sich immerhin erklären. Da jedes Gesetz nur Einen richtigen Sinn haben kann, so ist anzunehmen, daß eine Behörde, welcher die größte Intelligenz wegen der Vorzüglichkeit ihrer Glieder beigelegt werden darf, welcher die umfassendsten Mittel zu Gebote stehen 135), eher diesen zweifelhaften Sinn auszulegen im Stande sein wird, als andere Kollegia, und deshalb ist einer abweichenden Interpretation verschiedener Richter durch eine solche Behörde sehr wohl vorzubeugen 136).

Was v. Grolman 137) gegen die Anfrage bemerkt, trifft nicht die über dunkle Gesetze, zumal in Preußen seit Einführung der allgemeinen Gerichtsordnung keine species facti mehr eingesendet wurde 138). Wenn auch eine Verzögerung

---

133) vgl. Bair Landrecht Th. I. Kap. I. §. 9. n. 3. Das Oestreich. Gesetzb. §. 7. 8. scheint von einem ähnlichen Principe auszugehen.

134) s. Hufeland über den eingenthümlichen Geist des Röm. Rechts. B. I. S. 118.

135) Wie der Gesetzkommission die vollständige Benutzung der Materialien. s. Mathis jurist. Monatsschrift B. 11. S. 192. 286.

136) Grävell Comm. zur Allg. Ger. Ord. B. II. S. 674.

137) ausführliches Handbuch über den Code. Nap. B. I. S. 45 — 47. Thöne system. Handbuch I. S. 89. 90.

138) Allg. Ger. Ord. I. 13. §. 32 — 35. vgl. dagegen Corp.

veranlaßt wurde, so konnte doch für das wirkliche Recht ein bedeutender Gewinn erlangt werden, und „zur Nichtigkeitserklärung war es nicht hinreichend, 139) wenn blos behauptet wurde, daß gegen die Analogie der Gesetze gesprochen, oder daß die Entscheidung aus einem auf den vorliegenden Fall nicht passenden Gesetze genommen, oder daß das Gesetz nicht richtig erklärt, oder auf den Fall nicht richtig angewendet worden." Dagegen kann jetzt 140) ein Urtheil auch deshalb angefochten werden, „weil es einen Rechtsgrundsatz verletzt, er möge auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes beruhen oder aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehen; oder wenn dasselbe einen Grundsatz in Fällen, wofür er nicht bestimmt ist, in Anwendung bringt", wodurch noch viel mehr Zögerung herbeigeführt, und willkührlicher Prozeßführung Vorschub geleistet sein dürfte.

Uebrigens können sich auch Richter ohne ein aushelfendes Institut nicht stets selbst genügen. Daher sind seit dem Wegfallen der Anfrage während des Prozesses überaus häufig von dem Justizministerio Bescheide eingeholt worden, die in die Stelle der Decisa der Gesetzkommission getreten sind und fast als authentische Declarationen benutzt werden 141).

---

jur. Frid. I. 13. §. 7 — 9. u. a. vgl. auch Allg. Ger. Ord. I. 25. §. 7.

139) A. G. O. I. 15. §. 2. n. 2.

140) Verordnung vom 14. Decbr. 1833. §. 4. n. 1. (Gesetzsammlung d. J. n. 24. S. 303.)

141) v. Kircheisen in Mathis jur. Monatsschr. B. 11. S. 192. vgl. Thöne §. 48. Ueber die Stellung des Staatsraths beim Erlasse neuer Gesetze vergl. man Thöne §. 23. Die frühere Gesetz-Commission ist aber nie ausdrücklich aufgehoben worden.

Die von v. Grolman geäußerte Besorgniß, daß durch eine solche Commission die nothwendige Trennung der gesetzgebenden und richterlichen Functionen verhindert werde, ist ungegründet 142). Diese Besorgniß und andere Gründe haben aber von Savigny und Bornemann veranlaßt 143), eine Beschränkung der Kraft der Conclusa der Gesetzkommission anzunehmen, welche in der That weder früher, noch nach Emanation des allgemeinen Landrechts und der Gerichtsordnung 144) bestand, weshalb dieser Punkt hier noch kurz berührt werden mag.

Der Entwurf des allg. Gesetzbuchs §. 36 bestimmt: „Dergleichen Erklärungen (der Gesetzkommission) schon vorhandener Gesetze, gehen ohne Unterschied auf alle sowohl vergangene als künftige Fälle, welche nach der Zeit, wo die zweifelhafte Rechtsfrage dadurch bestimmt worden, zur richterlichen Entscheidung gelangen“ und

das allgem. Gesetzbuch §. 52. und allgem. Landrecht §. 48.

„Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Bericht der Gesetzkommission bei seinem folgenden Erkenntniß in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteien

---

142) vgl. Klein's Annalen B. 2. S. 304.

143) v. Savigny l. c. S. 88 folgert aus der freien Stellung des Richters im Landrechte „die Anfrage bei der Gesetzcommission, war schon dadurch äußerst beschränkt, und selbst wo sie statt fand, war doch nur der anfragende Richter an den Ausspruch gebunden, und es galten Rechtsmittel gegen das Urtheil.“ Eben so Bornemann l. c. S. 217 Anm. Dagegen hat das richtige Resultat Sietze l. c. S. 64. f. Anm.

144) Daher äußerte das Rescr. vom 21. März 1798 „die Gesetz-Commission ist in Auslegung der Gesetze eben so gut dem Irrthum unterworfen, als es die Gerichtshöfe bei ihren Entscheidungen sind. Demungeachtet aber findet gegen die erste gar kein Remedium

bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen" so wie

die allgem. Gerichtsordnung Th. I. Tit. 13 §. 35.

„Die Anfrage wird mittelst Berichts an die Gesetzkommission eingesendet, und das darauf erfolgende Conclusum bei Entscheidung der Sache für diese Instanz zum Grunde gelegt."

Daß ungeachtet der allgemein bindenden Kraft eines Decisums der Gesetzkommission ein auf ein solches basirtes Urtheil (darauf geht das Wort dagegen im Landrechte) noch angefochten werden konnte, ist nicht auffallend: denn auch das

Corpus juris Frid. Th. I. Tit. 14 §. 44 (s. Anm. 118a).

gedenkt der Appellation in einer also entschiedenen Sache, und damals hatte doch unbestreitbar das Conclusum der Gesetzkommission einen dauernden Effekt, „da es auch in künftigen gleichen Fällen zur Richtschnur dienen sollte" (s. das Edikt von 1781. oben S. 53. 54).

Daraus läßt sich also nicht auf eine Aenderung dieses Verhältnisses schließen. Eine Darlegung der hier möglichen Fälle bestätigt aber überdies die Identität dieses Einflusses eines Decisums der Gesetzkommission vor und nach dem Erscheinen der Gesetzbücher.

I. Wenn der Appellant neue Thatsachen vorbrachte und einen andern Zusammenhang des Fakti entwickelte, so kam Alles nur auf das Faktum an, und das Gesetz an sich blieb unberührt. Hier entschied dann der Richter von jeher selbstständig. Nach der allg. Gerichtsordnung (s. Anm. 138) war nicht einmal mehr bei der Anfrage die species facti beizule-

---

statt, wenn der Irrthum auch noch so klar dargethan, und der daraus entstehende Schade auch noch so groß sein sollte."

gen. Eine Abweichung von einem Conklusum konnte hier also nicht vorkommen.

II. Der Richter der folgenden Instanz ist der Ansicht, daß judex a quo ein falsches Gesetz, über das angefragt worden war, angewendet habe. Dieser Fall trat früher, da eine genaue species facti eingeschickt werden mußte (s. Anm. 138) nicht leicht ein, erforderte dann aber eine abermalige Anfrage (s. das Gesetz von 1782 Anm. 116). Nach der allg. Gerichtsordnung ist aber der Richter für diesen Fall nicht gebunden, und eine Abweichung von dem Concluso tritt gar nicht ein. Er frägt nur an, wenn er das anderweit jetzt anzuwendende Gesetz selbst dunkel findet.

(Allg. Ger.-Ordn. I. 14 §. 65).

III. Der Appellations- oder Revisionsrichter findet das Factum der ersten Instanz unverändert, und das richtige Gesetz angewendet, aber

entweder 1,) die Anfrage unrichtig gestellt,
dann ist eine nachträgliche Berichtigung und neue Anfrage nothwendig

Corp. jur. Frid. I. 14 §. 44. (s. Anm. 118a).
Allg. Ger.-Ordn. I. 13 §. 34. 35. I. 14 §. 63.

oder 2,) das Gesetz ist nach seiner Ueberzeugung nicht richtig von der Gesetzkommission gedeutet.

Eine selbstständige Aenderung war hier unzulässig: denn wollte er von dem Conclusum abweichen, so mußte er das Gesetz für zweifelhaft erklären, also wieder anfragen, und eine gleiche Entscheidung erwarten, da es kein Rechtsmittel gegen ein solches Conclusum gab, wie dies ausdrücklich das Rescript vom 21. März 1798 hervorhebt. (s. Anm. 144). Auch ist niemals ausdrücklich das Organisationspatent für die Gesetzkommission vom 20. Mai 1781 aufgehoben, dessen §. 11 (s. S. 53. 54) also bis zur Aufhebung der Anfragen über-

haupt wirksam geblieben (Allg. Landr. Einl. 59). und somit, was übrigens auch die Praxis bestätigt 145), jede Entscheidung der Commission für alle künftigen gleichen Fälle beachtet worden.

Mit den Grundsätzen des allg. Gesetzbuchs und Landrechts selbst stimmt auch noch das Publikationspatent beider vom 20. März 1791 und 5. Februar 1794, worin auch ausdrücklich auf §. 50—54 und 46—50 *) verwiesen wird, und es darf in den anscheinend engeren Festsetzungen nicht mehr gesucht werden (s. oben S. 27 f.). Der Richter darf daher beim Mangel eines Gesetzes analog interpretiren, bei dunkeln und zweifelhaften Gesetzen aber nicht selbstständig entscheiden. Indeß muß er doch erst die Dunkelheit des Gesetzes erforschen, und demnach seinen Bericht aufsetzen. Dabei konnte aber, wie früher bereits, keine Beschränkung hinsichtlich der Auslegungsmittel bestehen, also auch das Zurückgehen auf das ältere Recht nicht untersagt sein. Nachdem nun endlich die frühere bei zweifelhaften Gesetzen nur consultirende Beurtheilung der Richter zu einer decidirenden geworden, da ihnen ausdrücklich die Benutzung der allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze überlassen (s. Anm. 130) ist, so werden die oben (S. 27 f.) entwickelten allgemeinen Gründe der Nothwendigkeit gemeinschaftlicher thoretischer und praktischer Thätigkeit hierdurch aufs Vollständigste unterstützt 145a).

---

145) vgl. die Hofrescripte vom 10. November, v. 9. Decbr. 1794. Klein's Annalen B. 13. S. 335. 343. (vgl. Anm. 117.) Hofrescr. vom 5. Jan. 1795. (Klein S. 339.) vom 24. Sptbr. 1795 (Klein 15. S. 295. vom 1. Mai 1796 (l.c. S. 301). u. a. m.

*) 46—50, nicht 46. 50. ist in dem §. XVIII. des Patents zum Landrechte zu setzen.

145a) Die hier aufgestellten Grundsätze sind übrigens für alle Zweige des Rechts anwendbar, namentlich also auch für das Cri-

Hiernach läßt sich über einige andere nicht unbestrittene Punkte leichter ein Urtheil abgeben.

Da das Bestreben der Preußischen Gesetzgeber stets darauf gerichtet war, gründliche und wissenschaftliche Richter zu besitzen, so konnten die die Praxis erleichternden Mittel nur insofern zugelassen werden, als dieselben nicht eine reine Mechanik begründeten oder beförderten, sondern immer Bewußtsein und Urtheil voraussetzten. Kein bloßes Meinen, keine Autorität, die nicht auf gesetzlichen Gründen ruhte, durfte deshalb in die Stelle des Gesetzes selbst oder eines sonstigen Rechtsgrundes treten, um so mehr als man die großen Mißbräuche, welche mit bloßen Autoritäten getrieben wurden, zu vermeiden hatte. Darum erklärte das Preußische Recht,

„Auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." 146).

---

minalrecht. Auch in diesem ist daher nach den Principien der Analogie zu entscheiden, was auch die Praxis bestätigt vgl. z. B. Kräwel in Hitzig's Zeitschrift für die Preuß. Crim. Rechtspfl. H. 34. n. 11., und die allgemeine Ausführung von Stiehler, daselbst H. 47. n 13. Das Rescr. des Justizminist. vom 12. Sept. 1802. (Amelang neues Archiv B. III. S. 210, und in der Sammlung der Verordnungen und Ministerialverfügung zum Landrecht Th. II. Tit. 20. S. 187.) erklärt nun, »daß nach allgemeinen Grundsätzen die Strafgesetze eine analogische Anwendung nicht gestatten.« Indeß dies Rescript ist kein Gesetz, und für die entgegenstehende Ansicht läßt sich noch das anführen, was über die Militär-Strafrechtspflege die Gesetzgebung selbst ausgesprochen hat. s. Anm. 131.

146) Bereits das Projekt des Corp. jur. Frid. Vorr. zum Th. I. §. 28. n. 9. Th. I. B. 1. Tit. 2. §. 5. untersagt das Allegiren der Autorität der doctorum. Der Entwurf eines allgemeinen Gesetzb. Einleit. §. 3. hat »bloßen Meinungen der Rechtslehrer gesetzliche Kraft entzogen,« und §. 4. giebt »Entscheidungen der Richter

Wollte man dies aber so verstehen, als ob nun die in einer **opinio doctorum** oder in einem **Präjudicium** enthaltene Ansicht hiermit für die Folge stets verworfen sei, so würde man zu höchst nachtheiligen Consequenzen fortschreiten müssen. Nichts weiter konnte auch damit bezeichnet werden, als daß Ansichten der Juristen und Präjudicien als solche nicht Gesetzeskraft haben, wie nach gemeinem Rechte oft angenommen wurde 147). Die sonstige Benutzung dieser höchst bedeutungvollen Rechtsvehikel ist aber dadurch keinesweges ausgeschlossen worden 148.) Stehen solche Meinungen nämlich nicht mit dem Gesetze im Widerspruche, und beruhen sie auf gutem Grunde, so wird ja nothwendig jeder, der das Gewicht derselben anerkennt, in künftigen Fällen darauf zurückgehen und eine gleiche Entscheidung wiederholen müssen. Nur die formelle, nicht die materielle Benutzung derselben ist also aufgehoben. So wie die Verfasser unserer Gesetzgebung die Commentatoren 149) des gemeinen Rechts

---

nur unter den Partheien, zwischen welchen sie rechtskräftig ergangen sind, die Stelle eines Gesetzes« — vergl. **Einleitung zum allgemeinen Landrecht** §. 6. mit dem **Publikat. Pat.** §. III. und **Einleitung** §. 60. Der Ausdruck: **Rücksicht nehmen**: im Landrecht ist übrigens nicht ganz deutlich.

147) Vom heutigen deutschen Rechte erklärt **Maurenbrecher** (Lehrb. Abth. 1. Vorr.) es sei „ein ungeschriebenes Recht, das **lediglich** in den Ansichten des Juristenstandes (communis doctorum opinio) und in den Urtheilen der Gerichtshöfe sein Bestehen hat, mithin ...., ein bloßes **Juristenrecht**. Dessen eigentliche Quellen sind daher die **Schriften der Juristen** vom 16ten Jahrh. her und die **Aussprüche der Gerichtshöfe**."

148) **Bielitz** Commentar zum Landrecht I. S. 110. 111. **Simon und von Strampff** Rechtssprüche I. S. V. f. XI. f. der Vorrede. **Bornemann** l. c. I. S. 180—182.

149) Die Verbote des Römischen und Kanonischen Rechts hinsichtlich des Commentirens sind nicht befolgt, und die Vorschrift des

benutzt 150), wie sich die Gesetzkommission und die Richter in ihren Gutachten selbst in der Zeit der Beschränkung darauf berufen haben 151), so muß auch jetzt und um so mehr der Gebrauch derselben freistehen. So wie das gemeine Recht selbst, sind auch die Schriften der Theoretiker und Praktiker Quelle unsers Landrechts und als Mittel zur Anwendung der Gesetze für das Studium und die Praxis gleich unentbehrlich. Auch der Werth der Präjudicien, die nur an sich nicht Autorität sein sollen 152), ist durch das Landrecht nicht aufgehoben. Daher sind wiederholt Rechtserkenntnisse bekannt gemacht, und in der neuesten Zeit eigne Sammlungen von Rechtssprüchen Preußischer Gerichtshöfe mit besondrer Unterstützung des Justizministerii veranstaltet worden. Auch ist die Wichtigkeit der Urtheile, welche in früheren Fällen ergangen, mit Rücksicht auf ihre Gründe, unzweideutig dadurch an den Tag gelegt, daß jetzt immer die Entscheidungsgründe der Revisionserkenntnisse veröffentlicht werden sollen 153).

Projekts des Corpus juris Frid. ist, wie dieses selbst im Ganzen, in Preußen nie anerkannt worden. Wissenschaftliche Darstellungen des Preuß. Rechts sind vielmehr stets mit Beifall aufgenommen worden. Vgl. noch die Vorerinnerung zum 2ten Th. Abth. 3. des Entwurfs eines allg. Gesetzbuchs.

150) Suarez bezieht sich stets auf dieselben, wie z. B. seine amtlichen Vorträge nachweisen.

151) Die Anfragen bei Klein belegen dies.

152) vgl. darüber die triftigen Bemerkungen von Kori in der Vorrede zum dritten Bande der Erörterungen prakt. Rechtsfragen. Dresd. u. Leipz. 1833.

153) Nach dem Corp. jur. Frid. dürfen den Revisionsurtheilen keine Entscheidungsgründe beigefügt werden (I. 15. §. 14). Nach der Allg. Ger. Ordn. (I. 15. §. 22) bedarf es derselben nicht. Daran schließt sich das Circ. Rescr. v. 11. März 1799 (Sten-

Man würde nach dieser ganzen Entwicklung gewiß nur mit Unrecht dem Preußischen Rechte den Vorwurf machen können, daß es die Wissenschaftlichkeit an sich nicht fordere, oder deren Anwendung verhindere: denn auch in der Zeit der vollständigsten Wirksamkeit der Gesetzkommission ist die Function Preußischer Richter niemals eine blos mechanische gewesen. Die Schuld der geringeren wissenschaftlichen Ausbildung des Preußischen Rechts trägt also nicht dieses selbst, sondern dieselbe muß den Theoretikern und Praktikern an sich 154) und ihrer unheilvollen Trennung beigemessen werden. Wenn die Redaktoren des Landrechts selbst bemüht waren, die Theorie und Praxis auszugleichen 155), so ist es jetzt eine um so heiligere Pflicht für Preußische Juristen, ihrem Muster zu folgen, als die früher erschwerte 156), indeß nicht nur nicht unmögliche, stets vielmehr erforderliche wissenschaftliche Bearbeitung des vaterländischen Rechts jetzt

---

gel Beitr. VIII. S. 394—96), aufgenommen in den Anhang zur A. G. O. §. 133, welches im Fall der Abänderung zweier conformer Sentenzen abschriftliche Mittheilung des Urtheils mit Gründen an das Justizministerium, dann das Gesetz v. 21. Juni 1825 (Gesetzsamml. S. 161), welches unter derselben Voraussetzung auch die Mittheilung an die Parteien verschreibt, und endlich die Kabinetsordre vom 29. Juli 1832 (Gesetzsamml. n. 16), welche unbedingt die Publication der Gründe befiehlt.

154) Bornemann l. c. I. S. 186. mißt, gewiß mit Unrecht, alle Schuld den Theoretikern bei.

155) vgl. z. B. die Bemerkungen von Suarez über die Lehre von der Vormundschaft in von Kamptz Jahrbüch. Heft. 81. S. 184. 185.

156) v. Savigny vom Berufe S. 94. 95. vgl. dess. Vorr. zur 2ten Ausgabe dieser Schrift S. VII. VIII. Simon und v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des Preuß. Rechts I. Vorr. S. VII — X. Thöne l. c. Vorr. S. VI. Bornemann system. Darstellung. Vorwort. S. noch Anm. 75.

mehr erleichtert worden ist. Auch läßt die allgemeine Regsamkeit, die wissenschaftlich praktische Richtung der Revision und so manches Zeichen der Zeit eine schöne Zukunft erhoffen 157). Wie das Justizministerium das wissenschaftliche mit dem praktischen Elemente immer mehr zu vereinen sucht, ergiebt sich auch unter andern daraus, daß es angefangen hat, Akademiker als Glieder der höhern Justizbehörden anzustellen. Eine solche Verbindung bisher überwiegend theoretisch beschäftigter Juristen mit den Gerichtshöfen kann gewiß beiden sehr förderlich sein, jenen selbst für ihren Lehrberuf, diesen um die Praxis wissenschaftlicher zu gestalten, da den Praktikern in Preußen wegen der gehäuften Berufsgeschäfte wohl nur seltener die erforderliche Muße zum Selbststudium und theoretischen Fortschreiten vergönnt ist. So würde gewiß mit günstigem Erfolge erreicht werden, was bereits früher von Savigny 158) über den Verkehr der Juristenfakultäten mit den Gerichtshöfen so wahr geäußert hat. Ein nicht geringerer Gewinn würde aber auch dadurch erzielt werden können, wenn ernstere Mittel ergriffen würden, das Studium künftiger Richter auf der Universität mehr zu beleben, und dies geschähe schon sicherer, wenn die Prüfung zur Auskultatur entweder ganz den Fakultäten überlassen bliebe, oder wenigstens eine Vorprüfung auf der Universität selbst voraussetzte.

Im Ganzen muß aber „die Gemeinschaft unserer Wissenschaft nicht blos unter den Juristen von gelehrtem Beruf, den Lehrern und Schriftstellern, sondern auch unter den praktischen Rechtsgelehrten stattfinden. Und eben diese Annäherung der Theorie und Praxis ist es, wovon die

---

157) s. noch Bornemann l. c. S. 169. 170. Thöne §. 17. f.

158) vom Berufe. S. 128. f.

eigentliche Besserung der Rechtspflege ausgehen muß, und worin wir vorzüglich von den Römern zu lernen haben: auch unsere Theorie muß praktischer und unsere Praxis wissenschaftlicher werden, als sie bisher war." 159).

Möge die in diesem Sinne begonnene Zeitschrift die Erreichung dieses Ziels mit beschleunigen helfen!.

---

159) v. Savigny vom Berufe S. 126. 127. Bornemann in Gans Beiträgen zur Revision I. 3. S. 253. und in der system. Darstellung I. S. 181 f.

II.

Uebersichtliche Darstellung der Rechtsverfassung Preußens während der Zeit der Ordensherrschaft. *)

Von

Herrn Prof. Dr. **Voigt** in Königsberg.

Daß die Kenntniß der geschichtlichen Bildung der Rechtsverfassung, der verschiedenen Rechtszustände und Rechtsformen eines Volkes nicht minder für den Freund der Geschichte als für den Rechtsgelehrten in der älteren Landeskunde einer der interessantesten und zugleich wichtigsten Punkte sey, ist anerkannt. Die fortgehende Ausbildung und Entwickelung der Rechtsverfassung und Rechtszustände eines Volkes bildet einen sichern Maaßstab seiner Bildungsstufen überhaupt; je höher der Geist in diesen letztern emporsteigt, um so mehr strebt er auch immer fort und fort, die Rechtszustände und Rechtsverhältnisse, in denen er sich selbst mitbewegt, zu vollendeterer Vollkommenheit zu erheben. Insofern hat daher auch die Rechtsgeschichte eines Volkes für

---

*) Aehnliche die Rechtsgeschichte der übrigen Preuß. Provinzen aufhellende Darstellungen entsprechen ganz dem Plane dieser Zeitschrift, und werden daher auch von nicht besonders zur thätigen Theilname an dieselbe eingeladenen Geschichtsforschern und Juristen recht sehr erbeten.

Die Redakt.

jeden, dem die Kulturgeschichte seines Landes nicht gleichgültig ist, ein höchst anziehendes Interesse.

Die Geschichte der Rechtsverfassung Preußens in älterer Zeit kämpft jedoch in ihrer Abfassung mit manchen nicht unbedeutenden Schwierigkeiten, theils schon darum weil nicht Ein in allen Beziehungen durchgreifendes Rechtssystem, sondern mehrerlei Rechtssatzungen und Rechtsformen im Lande geltend waren und diese, so wie überhaupt fast alles, was geltendes Recht in Preußen hieß, aus verschiedenen fremden Ländern ins Land übertragen wurde, theils auch deshalb weil es nicht Eine gleichartige, in sich ausschließlich stammverwandte Volksmasse, sondern vielmehr ein sehr verschiedenartiges Völkergemisch von Deutschen, Preußen, Litthauern und Polen war, deren verschiedene Rechtszustände geltend wurden. Die hierin begründeten Schwierigkeiten sind in früherer Zeit bei der Abfassung der Rechtsgeschichte des Landes nicht immer mit Glück überwunden worden; stimmte man doch nicht einmal immer weder über die Anzahl und Benennung, noch viel weniger über das eigentliche Wesen und den unterscheidenden Charakter der hier geltend gewordenen Rechte völlig überein. Im Jahre 1410 nach der unglücklichen Schlacht bei Tannenberg soll der König von Polen den Städten Preußens die Bestätigung aller in ihnen geltenden Rechte, nämlich des Magdeburgischen, Lübeckischen, Kulmischen, Preußischen und Polnischen angeboten haben 1). In einer andern Bestätigung der Rechte in Preußen durch den König von Polen im J. 1454

---

1) So in der Urkunde des Königes in den Preuss. Samml. B. I. S. 239. Entweder aber ist die Urkunde unächt, was sehr wahrscheinlich, oder der König war über die Rechtsverhältnisse der Städte Preußens sehr schlecht unterrichtet; denn die Städte hatten entweder nur Kulmisches oder Lübeckisches Recht; vom eigentlichen Magdeburgischen Rechte kann in Beziehung auf die Städte kaum die Rede

werden als geltende Rechte genannt das Magdeburgische, Kulmische, Polnische Erbrecht und das Preußische 2), nach einer andern Angabe aus derselben Zeit vom Jahre 1450 das Magdeburgische, Kulmische, Preußische, Polnische, Lübeckische und das Erbrecht 3). Neuere Schriftsteller dagegen führen das Kulmische, Lehen-, Preußische, Magdeburgische und Lübeckische 4) oder in Beziehung auf die Erbfolge das Kulmische oder Flämische, das Lehenrecht oder das Magdeburgische, das Preußische und das nur schlechthin genannte Erbrecht als geltend auf 5). Folgen wir urkundlichen Quellen als den sichersten Führern, so lassen sich das Kulmische oder Deutsche, das Magdeburgische, das s. g. Freilehensrecht (das Preußische Recht, ununterbrochene Erbrecht und Burglehenrecht), das Polnische und Lübeckische Recht, als die wichtigsten geltenden Rechte im Lande erweisen. Es soll hier versucht werden, nach urkundlichen Forschungen das eigenthümliche Wesen und den unterscheidenden Charakter jedes dieser Rechte, wie er sich in seiner geschichtlichen Entwicklung gestaltet und ausgeprägt, näher zu erörtern.

§. 1.

Das Kulmische oder Deutsche Recht.

Das Kulmische Recht hat bekanntlich seine älteste Grundlage in dem Kulmischen Privilegium. Um den Inhalt,

---

seyn, noch weniger vom Preußischen und Polnischen, wie wir später näher sehen werden.

2) S. die Urkunde bei Dogiel Cod. diplom. Polon. T. IV. nr. CVII. p. 148. Privilegia der Stände Preuss. Braunsb. 1616 p. 16.

3) Nach einer Angabe aus dem J. 1450 im geh. Archiv.

4) Hartknoch Dissertat. de jure Prussor §. VIII. A. u. N. Preuss. p. 563.

5) Kreutzfeld über den Adel der alten Preuss. S. 15.

Zweck und die ganze Composition dieses berühmten Documents, welches nachmals als das wichtigste Grundgesetz aller bürgerlichen Ordnung für die Deutschen Einsassen im Lande geltend wurde, richtig aufzufassen und in seiner geschichtlichen Beziehung begreifen zu können, ist es nothwendig, folgende Hauptpunkte im Auge zu behalten.

Es war die wesentlichste Aufgabe des Deutschen Ordens bei seinem Eintritte in das Land, den Bewohnern seiner ersten Städte, Deutschen Bürgern, die seinen Fahnen als Colonisten gefolgt waren, ein Deutsches Stadtrecht zu geben, welches in ihren bürgerlichen Bedürfnissen, ihren von Deutschland aus schon gewohnten städtischen Verhältnissen und überhaupt ihrer Deutschen Eigenthümlichkeit am meisten entsprach 6). Ein für diese Bürgergemeinen zweckmäßiges Stadtrecht mußte demnach nothwendig auf die Grundlage älterer Deutscher Rechte gebaut und aus solchen Rechtssätzen verschiedener Deutscher Rechte zusammengesetzt seyn, welche in ihrer Anwendung für die Verhältnisse der neuen Bürger die passendsten schienen. Ueber den ersten und ursprünglichen Inhalt dieses zunächst für Thorn und Kulm bestimmten Stadtrechts sind wir freilich nicht ganz genau unterrichtet, denn wir kennen ihn nur nach den Veränderungen, welche beinahe zwanzig Jahre nach seiner ersten Abfassung darin vorgenommen wurden 7). Es lag jedoch offenbar in der Verschieden-

---

6) Hüllmann Städtewesen des Mittelalters B. III. S. 85.: »Ueberall wollten die Neubauer (Colonisten) nach einem Rechte leben, das sie kannten, und dieß war bei allen das heimathliche.«

7) S. Voigt Preuss. Geschichte B. II. S. 238. B. III. S. 25—26. Selbst aber die in letzterer Stelle erwähnte Copie des ältern Privilegiums klärt die Sache nicht ganz auf, denn die Abweichungen und Veränderungen bei der Erneuerung müssen offenbar von größerem Belange gewesen seyn, als eine Vergleichung jener Copie sie ergiebt, da es in dem erneuerten Privilegium heißt: De consilio

artigkeit der aus sehr verschiedenen Gegenden Deutschlands herstammenden Bürger dieser Städte, daß man die Uebertragung des gesammten Stadtrechts irgend einer Deutschen Stadt nicht anwendbar und zweckmäßig fand, wie dies auch in anderen Ländern, z. B. in Schlesien so oft geschah 8). Man las vielmehr aus mehrern älteren Rechten diejenigen Rechtsbestimmungen aus, die sich in ihrer Anwendung für die Verhältnisse der neuen Bürgergemeinen am meisten zu eignen schienen 9). Fragen wir aber nach den älteren Rechtsquellen, als den Elementen, aus denen einzelne Rechtsbestimmungen in das Kulmische Rechtsprivilegium übergegangen sind, so werden uns, außer dem Schlesischen Goldrechte und dem Freiberger Silberrechte in Bergwerkssachen, das Magdeburgische und das Flämische Recht als solche in der Urkunde selbst genannt. Aus dem

---

nostrorum Civiumque saepe dictorum consensu quaedam in eo (privilegio) sunt mutata, articulis scilicet quibusdam exceptis et quibusdam interpositis, qui in privilegio non continebantur antiquo. Man dürfte wohl vermuthen, daß das älteste und ursprüngliche Privilegium sich mehr noch bloß auf die städtischen Verhältnisse von Kulm und Thorn beschränkt, die nachmaligen Veränderungen dagegen schon mehr auch die ländlichen oder Territorialverhältnisse betroffen haben mögen, denn nun erst, sieben Jahre nach dieser Veränderung, im J. 1258 finden wir die erste Spur der Anwendung der städtischen Handfeste als Landrecht. Da das, was Gaupp (Das alte Magdeburgische und Hallische Recht S. 10) über die beiden Abfassungen dieses Privilegiums sagt, die Sache noch nicht aufklärt, nach Vergleichung mehrer alter Abschriften sich aber noch einiges Licht mehr geben lassen dürfte, so behält sich der Verfasser dieser Abhandlung vor, inskünftige diesen Gegenstand noch einer genaueren Untersuchung zu unterwerfen.

8) Tzschoppe und Stenzel Urkunden-Sammlung p. 109 ff.

9) Wie z. B. das Stadtrecht von Schwerin, auf Veranlassung Sächsischer Ansiedler aus Lübischen und Sächsischen Rechtsgewohnheiten zusammengesetzt ist; Hüllmann a. a. O. S. 83.

ersten wurden, wie ausdrücklich erwähnt wird, vorzüglich nur die Rechtsbestimmungen über Jurisdiktionsverhältnisse entnommen und auch diese, gewöhnlich das Magdeburger Weichbild genannt, durch Verminderung der Gerichtsbußen bis zur Hälfte einer Veränderung unterworfen. 10) Es ist möglich und selbst wahrscheinlich, daß, weil beim Entwurfe des Kulmischen Privilegiums nicht bloß der Burggraf von Magdeburg, sondern überhaupt auch eine bedeutende Anzahl Edler und anderer Bewohner des Magdeburgischen Gebietes theils zugegen, theils ohne Zweifel auch zugleich mit thätig waren, auch im Uebrigen gleich ursprünglich das Magdeburgische Recht noch manchen Einfluß auf die Zusammensetzung der Kulmischen Handfeste gehabt habe, und es ist ferner auch gewiß, daß späterhin, als die Schöffen aus Kulm sich häufig um Urtheile und Rechtsbelehrungen an den Schöffenstuhl in Magdeburg wandten, aus dem Magdeburgischen Rechte unendlich Vieles in das Kulmische Recht übergegangen ist. Allein es bleibt immer ein Irrthum, wenn ganz allgemein vom Magdeburgischen Rechte in der Kulmischen Handfeste gesprochen, oder im Allgemeinen die Einführung des Magdeburgischen Rechts in Preußen durch die Kulmische Handfeste behauptet wird 11), da doch eigentlich nur von Magdebur-

---

10) »Wahrscheinlich, wie Raumer Hohenstauf. B. V. S. 291 meint, mit Rücksicht auf den Geldvorrath in Preussen.« Uebrigens kommt diese Ermäßigung der Magdeburgischen Gerichtsbußen auch anderwärts, z. B. in Breslau und mehren Schlesischen Städten vor, wo sie überhaupt eigentlich als Regel galt; vgl. Gaupp über deutsche Städtegründung S. 92. 93. und dessen Magdeburgis. und Hallisches Recht S. 39.

11) Unbestimmt und nicht einmal ganz richtig drückt sich z. B. Baczko B. I. S. 368 aus, wenn er sagt: »allen preußischen Städten war insgesamt das magdeburgische Recht oder Weichbild verliehen.« Eben so ist es zu allgemein gesprochen, wenn Kretschmer die Kulm: Handfeste 1832 S. 9 sagt: »Vorzugsweise ward das

gischen Rechtsbestimmungen in Beziehung auf Jurisdiction bestimmt die Rede sein kann. 12) Aus dem Flämischen Rechte wurde, außer der Festsetzung über das Flämische Hubenmaaß, in das Kulmische Privilegium das Flämische Erbrecht aufgenommen, wodurch die Erblichkeit der Güter auf beide Geschlechter zugestanden war und zwar mit der besondern Bestimmung dieses Rechts, daß die Frau nach dem Tode des Mannes die Hälfte seines Gutes ohne Aufgabe, die Kinder die andere Hälfte erhielten. 13)

Dieses durch die Kulmische Handfeste begründete Kulmische Recht blieb nun eines Theils in Preußen auch fernerhin das gewöhnliche Stadtrecht, indem mit Ausnahme weniger Städte, welche bei ihrer Gründung Lübeckisches Recht erhielten, die neugegründeten Städte im Lande in der Regel mit Kulmischem Rechte bewidmet wurden, natürlich nur in den Bestimmungen, die, abgesehen von allen localen Anordnungen für Thorn uud Kulm, eine allgemeine Anwendung in den rechtlichen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens in den Städten finden konnten, andern Theils wurde es auf Dorf und Land übertragen, es wurde, indem man neugegründete Dörfer damit bewidmete und ländliche Besitzungen auf Kul-

---

Magdeburgische Recht eingeführt, vgl. S. 19. Das Magdeburgische Recht schließt bekanntlich weit mehr in sich, als was die Kulmische Handfeste davon enthält. Vom Magdeburgischen Lehenrecht z. B welches erst später in Preußen neben dem Kulmischen geltend wurde, ist in der Handfeste nicht die Rede.

12) Es heißt ja ausdrücklich: statuimus autem in eisdem civitatibus iura Megdeburgensia in omnibus sentenciis in perpetuum observari, und daß sentenciae hier Gerichtsverhandlungen und Richterurtheile sind, ist unbestreitbar. Die sogleich folgende Bestimmung über die Gerichtsbußen weist überdieß deutlich darauf hin.

13) Hartknoch A. und N. Preuss. S. 552. Tzschoppe und Stenzel Urkunden-Samml. p. 104.

misches Recht austhat, ein weitverbreitetes Landrecht, natürlich wiederum auch nur in den Rechtsstimmungen, welche in den dörflichen und Territorial-Verhältnissen Anwendung fanden.

Indessen erscheint dieses Recht doch nicht immer unter derselbigen Benennung. Am gewöhnlichsten kommt es allerdings unter dem Namen „Kulmisches Recht, Jus Culmense" vor. Bald begreift es unter diesem Namen als Stadt- oder Landrecht und in der Anwendung auf Territorial-Verhältnisse den gesammten Rechtsinhalt des Kulmischen Privilegiums, mit Ausschluß der Localbestimmungen und so weit er auf andere Städte und auf Territorial-Verhältnisse übertragen werden konnte; bald jedoch wird nicht selten unter dem Ausdrucke Kulmisches Recht auch nur eine einzelne Rechtsbestimmung in Beziehung auf ein bestimmtes Verhältniß verstanden, so daß er dann nur eine beschränkte Beziehung hat entweder auf die Erbfolge, 14) oder auf die Zehentleistung, auf die Zinszahlung, auf die Jurisdiction, auf Jagd- und Fischerei-Recht u. s. w. und zwar in jedem dieser Verhältnisse nach den gesetzlichen Bestimmungen, welche das Kulmische Privilegium darüber feststellt. 15) Häufig indeß wird das Kulmische Recht auch schlechthin Deutsches, Jus Teutonicum, oder Teutonicale genannt und mit deutschem Rechte für gleichbedeutend genommen, und zwar dieß eines Theils deshalb, weil die dem Magdeburgischen Rechte

---

14) Die Kulmische Erbfolge blieb sich übrigens gleich, das Kulmische Gut mochte im Besitze eines Deutschen oder eines Preußen sein. Konrad von Erlichshausen erklärte ausdrücklich: Wo eyn Prewsse Colmische gütter hat, wenn der vorstirbet, so sulle die Herrschaft keine ynfelle darin thun, sunder die gütter sullen erben nach demselbe.: Colmischen Rechte.

15) Beispiele darüber, die leicht zu vermehren wären, in Voigt Preuß. Gesch. B. III. S. 446.

entnommenen Rechtsbestimmungen über Jurisdictionsverhältnisse deutsches Weichbild und die nach diesen Bestimmungen entscheidenden Gerichte deutsche Weichbilds-Gerichte hießen 16), andern Theils weil auch in Beziehung auf das Flämische Erbrecht das Kulmische Recht nicht unpassend als Deutsches Recht bezeichnet werden konnte, da hinreichend erwiesen ist, daß Flämisches Recht und Deutsches Recht gleichbedeutende Ausdrücke sind. 17) Es wird daher auch häufig in Urkunden das in das Kulmische Privilegium aufgenommene Flämische Erbrecht als Deutsches Erbrecht angesehen und Kulmisches Deutsches Recht genannt, besonders bei Gründung neuer Dörfer. 18) Es scheint keinen Unterschied zu begrün-

---

16) So heißt es z. B. in der Verschreibungsurkunde über das Dorf Heinrichsdorf vom Jahr 1351: Wir vorlien dem erbaren Manne Hans Slutow und seinen Erben das Dorf zu beseczczene und zu besiczczene zu Deuczsem kolmischen rechte mit sogetaner undirscheit, wir geben diesem selben Hause dy czende hube vry und das schultisamt und dritten pfennig von allem deuczsem wichbildesgerichte, ane unser Lenleute und unser Polneschen Leute, die nicht deuczsches recht haben.

17) S. Tzschoppe und Stenzel a. a. O. p. 101.

18) Winrich von Kniprobe als Komthur von Danzig thut im J. 1338 das Dorf Ora bei Danzig aus, »es zu besetzen zu deuczsem kolmischen rechte, als hie beschreben steet: wir vorlien Johanni und Henrico und Nicolao den brüdern und eren rechten erben und nachkommelingen dieselbe gut czu beseczczene und zu besiczczene eweclich zu deuczsem rechte als erbisrecht ist.« Das Dorf ist also mit Kulmischem Rechte bewidmet und das Erbrecht, welches gelten soll und nach dem Kulmischen Rechte kein anderes als Flämisches Erbrecht sein kann, wird bestimmt Deutsches Recht genannt. Nach einer andern Urkunde vom J. 1340 wird das Gut Zullmin ausgethan und zwar heißt es: Wir haben üsgegeben das gut Sulmyn zu deuczsem rechte mit sulchem rechte als hy beschreben steet, wir lien Andree dem besiczczerr dis gut und sinen rechten erben und nachkommelingen dis gut Sulmyn zu besiczczen eweclech zu kolmischen deuczsem rechte, als erbisrecht ist«. Auf gleiche Weise wechseln in vielen Urkunden die Ausdrücke Deutsches

den, wenn, wie häufig geschieht, zugleich Kulmisches und Deutsches Recht mit und neben einander genannt sind, denn ohne Zweifel soll das eine nur zur näheren Bestimmung des andern dienen. 19)

Wie aber der Ausdruck Kulmisches Recht häufig auch nur eine Beziehung auf eine einzelne Rechtsbestimmung dieses Rechts hat, so umfaßt auch die Benennung Deutsches Recht nicht immer den ganzen Inhalt des Kulmischen Rechtsprivilegiums, sondern hat oft gleichfalls nur Beziehung auf einzelne Bestimmungen des Kulmischen Rechts. Auch dafür geben Urkunden hinreichende Beweise an die Hand. Nicht selten nämlich bezeichnet Deutsches Recht, wie aus dem bereits Gesagten hervor geht, das im Kulmischen Rechte geltende Erbrecht. Bald umfaßt es auch bloß das Jurisdictionsrecht, so weit das Kulmische Recht dieses Gutsbesitzern oder Erbschultheißen zugestand 20); besonders häufig wird daher

---

Recht und Kulmisches Deutsches Recht, und beides häufig mit dem Zusatze: „als Erbisrecht ist."

19) So heißt es z. B. in der Verschreibungsurkunde des Dorfes Rambeltz in Pommerellen v. J. 1332: Exposui villam viginti septem mansorum viro honesto, qui sculletiam ville habeat, iure omni Culmensi et Theutonicali perpetue possidendam. Der Komthur von Danzig verleiht ein Dorf Zankotzin im J. 1334, welches seine Vorgänger »hatten üsgegeben zu bütschem rechte«, einem Schultheißen und dessen Erben, es »zu besitzen eweglich zu bütschem Rechte und Colmischem Rechte.«

20) Der Komthur von Danzig verleiht einem gewissenen Jeske von Retmanowitz ein Dorf „zu deutschem Rechte", nach welchem er und seine Erben „dorinne zu richten haben uf eyne mark prüsch und nicht hoer." In einer Verschreibung über das Dorf Mebenau vom Jahr 1326 heißt es: Ex speciali favore et gracia contulimus et conferimus per presentes, ut in successione hereditaria necnon excessibus seu violentiis quibuscumque, si qui in memorata villa, quod absit, perpetrati fuerint, ad officium spectantibus, Jure Theutonicali omnes unanimiter gaudeant et

das Schultheißenamt in deutschen Dörfern zu deutschem Rechte, d. h. also nach den Bestimmungen, welche das Kulmische Recht über Pflichten und Rechte dieses Amtes feststellte, verliehen 21). Endlich hat der Ausdruck deutsches Recht überhaupt oft auch gar keine specielle Beziehung auf das Kulmische Recht, wie denn im Allgemeinen in mehren von Slaven bewohnten Ländern dem Ausdrucke deutsches Recht häufig nicht immer eine bestimmte Beziehung auf irgend ein Recht zugeschrieben werden kann, sondern er bezeichnet mitunter nichts weiter als die nach deutscher Art und Gebrauch gestalteten Verhältnisse der Städte und Dörfer. Wenn ein berühmter Historiker in Beziehung auf Schlesien nachweist: „Deutsches Recht bedeute dort oft nichts als die Verhältnisse der Städte und Dörfer nach deutscher Art; es drücke demnach die, in Schlesien neuen, nach deutscher Art gebildeten Verhältnisse aus, in welche jetzt die Bewohner der

fruantur. Daß das Jus Theutonicale oft die Jurisdictionsverhältnisse des Kulmischen Rechts umfaßt, sieht man auch aus einer Verschreibung des Bischofs Siegfried von Samland über einige Huben auf Erbrecht, wo es heißt: Concedimus eciam dictis Prutenis et eerum heredibus ius teutonicale, quo nostre ville geydow homines solent uti. Im Privilegium von Geyden aber, welches hier die nähere Erklärung giebt, heißt es darüber: Damus ipsis (sc. incolis) Jus Culmense preter hoc, quod absit, si alius alium occiderit vel alias vulneraverit indecenter, tunc duo probi et ydonei ibidem viri residentes pro leso stare poterunt et in suo testimonio prevalere, dummodo ipsis plene constiterit illud factum.

21) Der Hochmeister Lutherus von Braunschweig bestätigt im J. 1333 dem Cistercienser Kloster Linde in der Diöcese von Gnesen ein ihm schon vom Herzog Mistwin von Pommern im J. 1288 verliehenes Privilegium, worin es heißt: Damus eis omne Jus Theutunicorum, videlicet quod Scultetus eorum habeat liberam auctoritatem decollandi suspendendi rotandi et exoculandi, mutationem membrorum et cetera iudicia, que iuribus eorum cedunt.

Dörfer und Städte zu einander, zu ihrer Gerichts-, Grund- und Landesherrschaft kamen, die Verhältnisse, durch welche freie und geschlossene, der Lasten des Polnischen Rechts größtentheils oder ganz enthobene Körperschaften in Städten und Dörfern gebildet wurden, mit Theilnahme an der Verwaltung des Gemeinwesens, unter dem Stadtrathe, und der Gerichte, als Schöffen, unter ihren Schulzen und Vögten, in Fällen der niedern und in Sachen der höhern Gerichtsbarkeit, endlich als Urheber der durch Rechtssprüche und Willkühren neu gebildeten Verhältnisse 22)" — so läßt sich ziemlich dasselbe auch in Beziehung auf den Theil des deutschen Ordens-Staates erweisen, der aus frühen Zeiten her von Slaven bewohnt war, nämlich Pommerellen, wo schon längst vor des Ordens Ankunft in Preußen an mehrern Orten Deutsche sich angesiedelt und Dörfer mit deutschem Rechte, Jure Theutonicali, d. h. solche, deren Verhältnisse deutscher Art waren, gegründet hatten. So erhält z. B. das Kloster Suckow vom Herzoge Mistwin I. von Pommern schon im Jahre 1209 das Recht, seine Dörfer auf diese Weise zu gründen. 23) Demnach bezeichnet hier der Ausdruck deutsches Recht den vollen Gegensatz gegen alles Undeutsche und insbesondere auch die Befreiung von den Lasten des Polni-

---

22) Tzschoppe und Stenzel Urkunden-Samml. Pag. 99.

23) Es heißt im Privilegium fundationis virginum in Conventu Suckoviensi v. J. 1209: Concedimus in Suckow ad lumen Ecclesie liberum forum cum tabernis et aliis utilitatibus, et civitatem si construere possunt, cum Jure Teutonico, et omnes villas locare eodem Jure Teutonico, quas Claustrum possidet. So ertheilt der Komthur von Nessau im J. 1295 zwei Brüdern ein Stück Land ad locandum iure Theutonico, was offenbar nichts anders heißen soll, als: sie sollen das Land mit Bewohnern besetzen, die in ihren Verhältnissen nach deutscher Art leben. Vergl. Sell Geschichte Pommerns B. I. S. 383. 384.

schen Rechts. 24) Weil aber der Orden das alte Polnische Recht in Pommern immer mehr und mehr zu verdrängen bemüht war, so ließ er keine Gelegenheit vorüber, wo er bald für ganze Dorfgemeinen, bald für einzelne Güter statt des bisherigen Polnischen das Deutsche Recht verleihen konnte. Daß darunter indessen oft nur im Allgemeinen der Charakter ihrer Verhältnisse nach deutscher Art verstanden werden soll, geht auch daraus klar hervor, daß es überdies noch ausdrücklich bestimmt werden muß, nach welchem Rechte der Schultheiß sein Amt und nach welchem die Dorfeinsassen ihre Dorfhuben besitzen sollen, ob nach Kulmischem oder Magdeburgischem. 25)

Was die Anwendung des Kulmischen Rechts in den verschiedenen Landesverhältnissen sowohl im Allgemeinen und in seinem gesammten Umfange als in seinen einzelnen Rechtssätzen anlangt, so ist anderwärts hievon schon die Rede gewesen, 26) es scheint überflüssig, hier die Sache noch einmal

---

24) Klar wird dieses durch eine Verschreibungsurkunde Dieterichs von Altenburg, worin er einem Besitzer seine Güter verleiht, iure theutonicali und erklärend hinzufügt: volentes eum et suos posteros a solutione porci et vacce et ipsorum subditos a servicio, quod dicitur falcacio feni de speciali gracia nostra et favore perpetuum liberos esse et solutos, denn dieses waren vom Polnischen Rechte auferlegte Lasten.

25) So heißt es z. B. in einer Urkunde des Komthurs von Tuchel vom J. 1379: durch besserunge willen unsere gütere haben wir das Dorff czum Byslaw, das vor lag czu Polenschem rechte czu deuczsem rechte usgegebin. Dann wird erst näher bestimmt: das gerichte haben wir verkauft recht und redlich Jacob und synem Brodir Wenzken, das gebe wir und vorlyen In Iren rechten erbin und elichen nachkomelingen zu Colmischen rechte vry erblich und ewiclich zu besiczen. Dy andern ynwoner des Dorfes sullen haben Achtczig czinsfällige Huben dy gebe wir ouch und verlyen In eren rechten erben und eheliche nachkomelingen zu Colmischem rechte erblich und ewiclich zu besiczen.

26) Darüber Voigt Preuss. Geschichte B. III. S. 445. ff.

zu berühren, denn was im dreizehnten Jahrhundert hiebei als gesetzliche Regel galt, behielt auch im vierzehnten und funfzehnten allgemeine Gültigkeit. Zweckmäßiger möchte es dagegen sein, die schon in der Kulmischen Handfeste begründete Veranlassung zur Berufung iu Gerichtssachen an den Schöffenstuhl in Kulm in zweifelhaften Rechtsfällen hier etwas näher zu erörtern. Die im Kulmischen Privilegium gegebene Bestimmung nämlich, daß, wenn irgend ein Bedenken über das Recht in Gerichtssachen oder über Urtheile des Gerichtsrechts entstehen sollte, man sich um Enscheidung an die Rathsmänner von Kulm wenden sollte, 27) wurde in doppelter Hinstcht von Wichtigkeit; zuerst schon dadurch, daß mehre Städte und Dörfer, auch wenn sie an sich schon mit Kulmischem Rechte bewidmet waren, in ihren Gründungs- oder sonstigen Privilegien ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, in Berufungen über streitige und zweifelhafte Rechtsfälle sich unmittelbar an den Schöffenstuhl zu Kulm zu wenden und von diesem Urtel einzuholen, oder, wie es in der damaligen Gerichtssprache hieß, „ihre gestraften oder gescholtenen Urtheile in Kulm zu holen." 28) Wie nun in Deutsch-

---

27) Si vero aliquis dubietatis scrupulus de Jure Judiciario vel de Juris Judiciarii sententiis Civitatibus emerserit in eisdem idem Articulus a Culmensis Civitatis Consulibus requiratur. Als Grund dieser Bestimmung wird hinzugefügt: quia eandam Civitatem Capitalem esse volumus ac digniorem inter alias iam constructas et si quae adhuc infra Wislam, Ozzam et Driwanzam construentur. Man sicht es dieser Anordnung sogleich an, daß sie so, wie sie hier ausgedrückt ist, wohl schwerlich in der ersten Abfassung der Handfeste gestanden haben kann, sondern ohne Zweifel erst bei der zweiten Abfassung durch Eberhard von Sayn so gestellt worden ist.

28) Grimm Deutsch. Rechts-Alterthümer B. II. S. 865: „Ein gesundes Urtheil anfechten hieß: es schelten (blasphemare. blâmer) oder strafen" Rogge das Gerichtsverfahren der Germanen S. 89.

land schon in viel früherer Zeit für gerichtliches Rathserholen hie und da sog. Oberhöfe bestanden, bei welchen die Untergerichte Urtheile suchten und an die in gescholtenen Urtheilen Berufungen Statt fanden, 29) so bildete ohne Zweifel der Schöffenstuhl zu Kulm, gewöhnlich aus einem Richter und acht Schöffen bestehend, einen solchen Oberhof für Preußen, an den sich znnächst in unmittelbarer Berufung die an ihn gewiesenen Städte und Dörfer wandten. Ferner aber werden auch die Städte Marienwerder, Christburg, Osterode, Gilgenburg u. a. als solche Orte genannt, in welchen andere benachbarte Städte und Dörfer ihre gescholtenen Urtheile suchen sollten, so Neidenburg bei dem Schöffenstuhle zu Gilgenburg, Bischofswerder bei dem zu Marienwerder, Hohenstein bei dem zu Osterode, mehre Dörfer bei dem zu Christburg u. s. w. 30) Dieß waren höchstwahrscheinlich

Es heißt z. B. im Privilegium von Danzig: Ire gestraften orteil sollen sy holen zu den Colmen.

29) Grimm a. a. O. S. 834. ff. Aachen z. B. war Oberhof für verschiedene nordwestlich-deutsche Städte, Cöln für die beiden Freiburg im Breisgau und im Uchtlande, desgleichen für Bern, sonst für westphälische Städte, Goslar für sächsische u. s. w. S. Hülmann Städtewesen des MA. B. III. S. 89—90. Gaupp das Magdb. und Hallische Recht S. 47.

30) Im Privilegium von Neidenburg heißt es: Ihre geschuldine Orteille sullin sie in unser Stadt Ilgenburg holen; in dem von Bischofswerder: Ceterum si de aliqua sententia iudiciaria illata vel inferenda aliquod dubium emerserit, volumus quod de hoc dubio nostra civitas videlicet insula sancte marie specialiter consulatur; in dem von Hohenstein: Gescholden Ortehl und alles recht sollen sy haben in der stadt Osterode; im Privilegium des Dorfes Blumenberg: Jure utentur Magdeburgensi ville Blumenberg inhabitatores, in civitate Christburg necessitatis tempore suas sententias afferentes; in dem vom Dorfe Hauswalde: Jure utentur Meydeburgensi reprehensas suas sententias in Christburg civitate; in dem des Dorfes Thiergart: und sullen ir gestrafte Orteil holen in der stadt zu Christburg.

nur Mittelhöfe oder Mittelgerichte, die für die an sie gewiesenen Orte entschieden, wenn ihre Rechtskenntnisse zureichten oder sonst beim Zweifel über eine Sache Statt fand, die aber selbst auch wieder, wenn sie das Urtheil nicht finden konnten, um Rechtsbelehrung an den Oberhof nach Kulm gingen, oder von denen vielleicht auch noch eine weitere Berufung an den Oberhof möglich war; denn da wir nirgends eine Spur finden, daß von irgend einer Stadt Preußens, außer Kulm und Thorn, 31) Rechtsbelehrung oder Urtheil bei einem auswärtigen Schöffenstuhl, etwa in Magdeburg, jemals gesucht worden sei, so darf man wohl den Schluß ziehen, daß in solchen Fällen die Schöffenstühle der übrigen Städte des Landes sich an den Oberhof zu Kulm wandten. 32) So gelangten also von Jahr zu Jahr theils mittelbar, theils unmittelbar eine Menge gerade der schwierigsten und interessantesten Rechtsfälle und Rechtsfragen an den Schöffenstuhl zu Kulm, um dort Entscheidung zu finden. Dadurch aber wurde die Bestimmung der Kulmischen Handfeste, welche den Schöffenstuhl zu Kulm zum Oberhof in zweifelhaften Rechtsfällen erhob, in zweiter Hinsicht von großer Wichtigkeit, in-

31) Auch Thorn wandte sich sehr häufig um Rechtsbelehrung mit seinen Fragen an den Schöffenstuhl in Magdeburg. Wir haben nicht nur das Original einer Entscheidung des Magdeburgischen Schöffenstuhles über die Frage wegen der Gränzen der Gerichtsbarkeit des Stadtgerichts und des Landrichters im geh. Archiv Schiebl. LXXIV Nr. 3, sondern es hat sich auch eine sehr zahlreiche Sammlung von Magdeburgischen Schöffenurtheilen auf die von Thorn aus dem Magdeburgischen Schöffenstuhle vorgelegten Anfragen erhalten. Sie steht unter der Ueberschrift: „Disse nachgeschrebenen sachen sind von den Herren von Thorn in Meideburg gefraget und bericht“ in einem Folianten des geh. Archivs betitelt: Alt kulmisches Recht mit vielen Anfragen aus Kulm zusammen.

32) Ius Culmense, Danz. 1767 p. 15. §. 27.

dem in ihr zunächst der Anlaß lag zur Entstehung und Abfassung des berühmten Rechtsbuches, welches der alte Kulm oder das alte Kulmische Recht genannt wird. In vielen Fällen nämlich, wenn entweder Zweifel obwalteten oder ganz ungewöhnliche Rechtsfälle eintraten, wenn seine Rechtskenntnisse nicht ausreichten oder auch sein bisher angewandtes Recht sich lückenhaft zeigte, sah der Oberhof zu Kulm kein anderes Mittel, als sich zu weiterer Belehrung mit seinen Rechtsfragen an den Schöffenstuhl in Magdeburg zu wenden, weil eben das Magdeburgische Recht in Jurisdictionssachen die Grundlage seines Schöffenrechts war. 33) Die

33) Gaupp Magdeburg. und Hallis. Recht S. 177 behauptet: Culm durfte bekanntlich keine Urtheile aus Magdeburg holen, und so scheint auch hierin eine Bestätigung der ausgesprochenen Ansicht zu liegen, daß sich die Stadt Culm bei Anordnung ihres Rechtslaufes der Breslauer Rechtssammlungen bedient habe, während es für das umgekehrte Verhältniß, welches bekanntlich auch von einigen angenommen worden ist, durchaus an allen Beweisen fehlt. In Betreff des alten Culmischen Rechts aber, dessen eigentliche Entstehung bis in die neueste Zeit noch immer zweifelhaft gewesen ist, scheint sich nun das ziemlich sichere Resultat zu ergeben, daß dasselbe hervorgegangen ist aus einer Verarbeitung des Rechts vor 1261 und des Rechts von 1295 mit Magdeburgischen Schöffenurtheilen, welche theils in der zweiten Hälfte des 13., theils im 14. Jahrhunderte von Breslau aus eingeholt worden waren: — Wiewohl die wichtige Frage: ob der Alte Kulm seinem größten Theile nach aus Schlesien stammt oder in seinem wesentlichen Inhalte aus den gesammelten Rescripten und Rechtsbelehrungen des Magdeburgischen Schöffenstuhles zusammen gesetzt sey? sich hier in der Kürze keineswegs genügend beantworten läßt, so mag vorläufig doch so viel bemerkt werden, daß die Behauptung Gaupps durchaus auf Irrthum beruht. Die Annahme, daß Kulm keine Urtheile aus Magdeburg habe holen dürfen, ist völlig unrichtig und folglich auch das daraus gezogene Resultat. Kulm sollte nicht nur allerdings seine Urtheile aus Magdeburg, sondern wir möchten behaupten, es holte sie nur allein daher, wie eine große Anzahl solcher im geh. Archiv noch aufbewahrter Urtheile ganz klar beweisen. Sogleich das erste beginnt mit den Worten: Den erbarn mannen den Ratmannen der Stat zum Colmen empiten wir scheppen der Stat zu

Rescripte des Schöffenstuhls zu Magdeburg als Antworten auf solche Rechtsfragen wurden in Kulm und Thorn gesammelt und aufbewahrt. Eine solche Anfrage beim Schöffenstuhle zu Kulm gab einmal selbst wieder Anlaß zu einer weitern Anfrage beim Schöffenstuhle zu Magdeburg, indem nämlich einst der Hochmeister vom Oberhofe die Briefe der gescholtenen Urtheile ausgeliefert haben wollte. Der Magdeburgische Schöffenstuhl gab dem Oberhofe zu Kulm darüber folgenden Bescheid:

Ihr habt uns geschrebin in sulchin Wortin: Wir fragen euch als ir wol wisset das alle die in Prüssenlande vor gerichten urteil schelden in Meydenburgischem rechte, die scheldin sie czu uns von Rechtis wegen 34). Nu heyschet unser

Meydeburg unsen willigen Dienst. Jr habet uns gefraget in ewirn Brieffe, ab dy Ratleute mögen kysen Ratmanne u. s. w. Ebenso verhält es sich mit Thorn. In der ganzen noch vorhandenen Sammlung der von dieser Stadt ausgegangenen Rechtsfragen ist, wie bei Kulm, keine einzige anderwärts hin gerichtet als nach Magdeburg. Da man sich von Thorn aus einigemal statt an den Schöffenstuhl in Magdeburg an den dortigen Rath gewandt hatte, so schrieb der erstere zurück: Wissen sal euwir weisheit, das wir scheppen zu meideburg pflegen Recht ußzugeben andern staten, dy das von rechte und von alder Zeit pflegen und müssen czu uns suchen und nicht czu den rothmannen zu meideburg u. s. w. Außer dem also, was gegen Gaupps Annahme in Tzschoppe und Stenzel Urkund. Samml. p. 351 Anmerk. schon gesagt ist, widerstreiten ihr auch diese Beweise, wozu noch kommt, daß in den vielfältigen Quellen, welche das geh. Archiv über die Rechtsverhältnisse Preußens darbietet, sich auch nicht die geringste Spur eines Zusammenhanges oder irgend einer Verbindung in rechtlicher Beziehung mit Schlesien vorfindet, z. B. nie eine Rechtsfrage nach Breslau oder eine schlesische Stadt gebracht wird. S. die folgende Anmerk.

34) Dieser Satz ist Beweis der oben aufgestellten Behauptung, daß alle gescholtenen Urtheile zuletzt an den Oberhof in Kulm gingen. Eben so heißt es in einem andern Rescript des Magdeburgischen Schöffenstuhls: Jr habt uns ouch gefroget in sulchin Worten: Wisset das wir Ratmänner von gotes gnaden und von unsern herrn

herre der Meyster unsir obirster herre die Briefe, die czu uns gekommen sint der beschuldenen urteil die wir von Rechtis wegen ausgegebin haben, ob wir die Im von Rechte antworten sullen oder nicht. Hiruff spreche wir vor eyn recht, die briefe der beschuldenen urteil die zu euch gesandt worden aus Prüssenlande um Recht, die briefe endorfen dem Meister ewern hoestem herren nicht entwerten nach Meydeburgischem rechte von rechtis wegen, bis recht beczewge wir mit unserm Ingesigil.

Solcher Rescripte des Schöffenstuhls zu Magdeburg als Antworten auf vorgelegte Rechtsfragen in Kulm und Thorn gesammelt haben wir noch eine ansehnliche Zahl vor uns; obgleich sie immer concrete Rechtsfälle betreffen, so lassen sich aus ihnen doch manche wichtige Resultate gewinnen, sowohl über die Entstehung und die nahe Verwandtschaft des alten Kulms mit dem Magdeburgischen Rechte überhaupt, als auch über die Rechtsformen und den Rechtsgang in Preußen insbesondere. 35) Es dürfte sich vielleicht späterhin Gelegenheit ergeben, in dieser Zeitschrift theils einige der wichtigsten dieser Magdeburgischen Rescripte mitzutheilen, theils das, was sich als Resultate über die ältere Rechtsgeschichte Preußens aus ihnen entnehmen läßt, etwas näher zu erörtern; und dieß um so mehr, da ein berühmter Rechtsgelehrter unserer Zeit erklärt: „Das ältere Kulmische Recht scheint übrigens

---

haben die Gewalt, das man alle orteil Meydeburgisch gerichtes in Prüßen lande zu uns schildet und suchet und wir nach unsern besten synen die entrichten u. s. w.

35) Gaupp hat auch in s. Schlesis. Landrecht S. 9. 10 und 251. 253 die berührte Sache wieder zur Sprache gebracht; er giebt hier selbst auch zu, daß der Gegenstand noch nicht abgemacht sei. Es wird in der Folge sich Gelegenheit geben, den ziemlich sicheren Beweis zu führen, daß der Alte Kulm seinem wesentlichen Inhalte nach allerdings seinen Ursprung mehr unmittelbar aus Magdeburg habe.

bloß an und für sich von der wissenschaftlichen Seite betrachtet, einen ganz besonders ehrenvollen Platz in der Reihe der Deutschen Rechtsquellen zu verdienen, und es verdient immer wieder bemerkt zu werden, daß sich darin Rescripta oder Responsa der Magdeburgischen Schöffen finden, welche man den alten Responsa Prudentum bei den Römern füglich an die Seite setzen könnte." 36)

§. 2.
Das Magdeburgische Recht.

Wenn vom Magdeburgischen Rechte als in Preußen geltend die Rede ist, so ist wohl zu unterscheiden, was einer Seits von diesem Rechte schon in der Kulmischen Handfeste oder im alten Kulmischen Rechte überhaupt enthalten war und was anderer Seits späterhin von diesem Rechte durch förmliche Bewidmung mit Magdeburgischem Rechte geltend wurde. Jenes betraf, wie wir gesehen, vorzüglich Jurisdictionsverhältnisse, denn alle Städte, Dörfer und einzelne Besitzer mit Kulmischem Rechte begabt, hatten zugleich auch Magdeburgisches Recht in ihren Gerichtsverhältnissen. In dieser Beziehung galt Kulmisches und Magdeburgisches Recht für identisch. 37) Es wurde daher, mit Ausnahme der we-

---

36) Gaupp das Magdeb. und Hallisch. Recht S. 12. — Die oben erwähnten Rechtsfragen der Kulmer an den Schöffenstuhl in Magdeburg und dessen Antworten befinden sich im Fol. des geh. Archivs betitelt: Ellen-Hubenmaaß u. s. w. Schon Hartknoch A. u. N. Preuss. S. 574 erwähnt solcher Sammlungen; sie bestätigen zugleich, was Gaupp a. a. O. S. 171. über solche Sammlungen geholter Rechtssprüche sagt.

37) Es heißt z. B. in einem Magdeburgischen Schöffenurtheil für Thorn: Ap leute dy do dorffer haben mit allem nutze und mehr mogen richten ungerichte yn denselben dorffern geschen. Hiruff spreche wir Scheppen czu Meideburg eyn recht. Sint leute dy dorffer haben yn dem Lande mit allem rechte und nutze dy czu Colmischen rechte legen und wenne dy von Colmen mit Meideburger rechte besatzt sein.

nigen Städte, wo Lübeckisches Recht galt, in allen übrigen in gerichtlichen Verhandlungen nach Magdeburgischem Rechte verfahren. Einen merkwürdigen Fall bietet in dieser Beziehung die Stadt Christburg dar. Sie hatte im Jahr 1288 vom Christburger Komthur Helwig von Goldbach nicht das Kulmische Recht im Allgemeinen, sondern nur das Kulmische Erbrecht erhalten. In Rücksicht der Jurisdiction war damals für sie nichts bestimmt worden. Die Bürger diesen Mangel bald fühlend, erschienen nach zwei Jahren mit ihrem Schultheißen vor dem Landmeister Meinhard von Querfurt und baten, daß sie auch im Gerichtswesen, wie in den übrigen Gewohnheitsrechten und Freiheiten den übrigen Städten des Landes gleich gestellt würden 38). Der Land-

So sullen dy Dorffer auch Meydeburgisch recht haben. In einem andern Schöffenurtheil für Thorn heißt es: Hiruff spreche wir scheppen zu Meydeburg eyn recht. Sint dye Stat von Thorn Colmisch recht und dy von Colmen Meydeburgisch recht haben — so sullen sie do antwerten noch Meydeburgischem rechte und anders nicht von rechtes wegen.

38) Der Fall ist durch folgenden Umstand noch um so merkwürdiger. In der Urkunde vom J. 1288, worin dem Schultheißen vier Freihuben cum iudicio civitatis iure hereditario und tertia pars mulctarum iudicii civitatis zuertheilt werden, heißt es am Schlusse: Volumus eciam consuetudines, libertates ac iura culmensia in sepedicta civitate in perpetuum observari. Man sollte glauben, daß dadurch auch das Magdeburgische Recht im Gerichtswesen ertheilt worden sei. Allein der Landmeister Meinhard von Querfurt sagt in seiner Urkunde vom J. 1290 ausdrücklich: Nos adierunt suppliciter exorantes, quatenus ipsis aliquod Jus assignaremus, secundum quod possent regere in iudiciis secularibus exercendis et aliis consuetudinibus et libertatibus, sicut et alii incole nostrarum civitatum, quoniam hactenus in incerto positi nullum haberent ius sibi finaliter deputatum. Der Landmeister erklärt dann: de consilio et matura deliberatione fratrum nostrorum contulimus incolis civitatis Christburg ius Meydeburgense, ut eo iure et libertate se senciant et gaudeant privilegiatos quo et terra Culmensis.

meister ertheilte jetzt der Stadt das Magdeburgische Recht im Gerichtswesen, keineswegs aber das gesammte Magdeburgische Recht, denn die Christburger erhielten durch diese Verleihung nichts weiter, als was die übrigen mit Kulmischem Rechte bewidmeten Städte immer an sich schon hatten. Wenn daher überhaupt in Beziehung auf die Städte in Preußen vom Magdeburgischen Rechte die Rede ist, so darf dieß immer nur auf die städtischen Jurisdictionsverhältnisse bezogen werden, denn nur in dieser Beziehung konnte gesagt werden, daß die Städte Magdeburgisches Recht hatten 39).

Verschieden von diesem Magdeburgischen Rechte war nun aber das erst später eingeführte Magdeburgische Lehenrecht im Territorial-Besitze, wodurch neben den Kulmischen Gütern auch Magdeburgische Lehengüter entstanden. Im dreizehnten Jahrhundert geschah jedoch noch gar keine Verleihung auf Magdeburgisches Recht und selbst in den ersten Jahrzehnden des 14. Jahrhunderts gelten sie noch als Seltenheiten. Erst unter den Hochmeistern Dieterich von Altenburg und Heinrich Dusmer von Arfberg tritt dieses Recht bei Güterverleihungen mehr in Gebrauch, besonders in Pommerellen, wo es in vielen Fällen das Polnische Recht verdrängte 40). Eine

---

39) Daher antworten die Schöffen von Magdeburg auf eine an sie ergangene Rechtsfrage aus Kulm: Jr habit uns geschreben in sulchen wortten, Wissit das wir von gote unde von unserm herren Meydeburgis recht haben in allen orteiln u. s. w.

40) Also nicht erst seit der Zeit des Hochmeisters Konrad von Wallenrod, wie der Verfasser der Abhandlung über Preußische Lehen in Bazkos Annal. des Königr. Preuss. 1793 Quart. 3 S. 43 anzunehmen scheint. Für die Zeit Dietrichs von Altenburg und Heinrichs Dusmer von Arfberg lassen sich Verleihungen auf Magdeburgisches Recht im Verschreibungsbuch des geh. Archiv nr. 4. p. 7. 10 u. s. w. und im Fol. Privileg. vom Stifte Samland sicher nachweisen. Die bis jetzt aufgefundenen ältesten Verleihungen dieses Rechts sind aus

weite Verbreitung indessen erhielt es auch unter den nachfolgenden noch keineswegs, denn Winrich von Kniprode und seine nächsten Nachfolger thaten noch meistentheils die Güter auf Kulmisches oder andere geltende Rechte aus. Weit allgemeiner ward das Magdeburgische Lehenrecht erst im funfzehnten Jahrhundert, insbesondere in der Zeit des Hochmeisters Michael Küchmeister von Sternberg in Gebrauch gebracht, denn dieser war es vorzüglich, der das Magdeburgische Recht fast durch ganz Preußen verbreitete.

Achtet man überhaupt auf den Gang, den das Magdeburgische Recht in seinem zunehmenden Geltendwerden im Lande neben dem Kulmischen Rechte nahm, so legt sich auch hierin einer Seits die steigende Macht und anderer Seits das allmählige Sinken des Ordens deutlich an den Tag. So lange dieser zur Bekämpfung und Ueberwältigung der Preußen vor allem noch der Dienste der Deutschen Einsassen im Lande bedurfte, hatte er ihnen auch ganz ausschließlich den Vorzug des Kulmischen Rechts verliehen, denn wir wissen, daß in den frühesten Zeiten nur Deutsche des Kulmischen Rechts gewürdigt wurden. Als er hierauf die Preußen bezwungen hatte und es jetzt wegen seiner weitern Kämpfe mit den Nachbarvölkern nöthig ward, sich der Treue und der Dienstwilligkeit der Preußen zu versichern, begünstigte er auch diese häufig mit dem Vorzuge des Kulmischen Rechts, so lange er gegen die häufigen Einfälle der Feinde der Dienste und Leistungen der Preußen bedurfte. Allein noch vor der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts fing man schon an, statt des Kulmischen Rechts das für den Grundbesitzer weniger vortheilhafte Magdeburgische Lehenrecht zu verleihen und zwar zunächst am meisten in dem Theile des Ordensstaates, wo er

den J. 1338 und 1339 und zwar großen Theils in Pommern, aber auch schon einzeln für Güter in Samland.

der Beihülfe und Unterstützung seiner Unterthanen zu seinen Kriegen vorerst am wenigsten zu bedürfen schien, nämlich in Pommerellen. Gegen Ende des vierzehnten und im Anfange des fünfzehnten Jahrhunderts, wo die vereinte Macht Litthauens und Polens dem Orden noch so stark drohend gegenüberstand, behauptete die Ertheilung des Kulmischen Rechts im Ganzen immer noch den Vorrang; denn auch unter den Hochmeistern Konrad und Ulrich von Jungingen wird das Magdeburgische Recht immer nur noch mäßig verliehen. Später indessen, bald nach der Slacht bei Tannenberg, da die Kraft des Ordens schon gebrochen und seine Blüthe schon dahin war, geschah die Ertheilung dieses Rechts in eben dem Maaße häufiger und gewöhnlicher, als die des Kulmischen immer seltener wurde, denn der Orden sah nun schon offenbar jenes mit als ein Mittel an, dem Mangel seiner Kräfte und seinen geschmälerten Einkünften zu Hülfe zu kommen 41). Beide Rechte nämlich begründeten bekanntlich eine sehr verschiedene Erbfolge, denn das im Kulmischen Recht geltende Flämische Erbrecht hatte den Vorzug der Erbfolge auf beide Geschlechter, das Magdeburgische dagegen ein weit strengeres Lehensfolgerecht, zumal in seiner frühsten Gestalt, in der es noch im ganzen Verlaufe des vierzehnten Jahrhunderts in Preußen galt. Es war dieses noch das s. g. schlechtweg Magdeburgische Recht 42), darin mit dem gewöhnlichen Lehenrechte übereinstimmend, daß es nur den

---

41) Dieses Resultat ergiebt sich aus der Vergleichung der zahlreichen Verschreibungen zu Kulmischem und Magdeburgischem Rechte aus dem 14ten und 15ten Jahrhundert in den Verschreibungsbüchern des geh. Archivs.

42) Jus Magdeburgense oder Magdeburgicum simplex. Gewöhnlich spricht sich dieses Recht in seiner strengen Lehensfolge auch in den Worten aus: es werde verliehen veris heredibus, worunter nur männliche Erben verstanden sind.

Söhnen ein gleiches Erbfolgerecht zugestand und die Töchter, sowie früher mit dem Sächsischen Lehenrechte auch die Seitenverwandten (wenn sie nicht zugleich mitbelehnt waren) ausschloß: es unterschied sich von dem spätern Magdeburgischen Rechte „zu beiden Kunnen" oder zu beider Kinder Rechte 43) darin, daß dieses in der Erbfolge in Ermangelung männlicher Erben auch die Töchter als Erben zuließ. Natürlich also fand der Orden in der Ertheilung des Magdeburgischen Rechts in seiner ältern Form viel leichter ein Mittel zur Ergänzung seiner schwindenden Kräfte, als im Kulmischen Rechte 44).

Was die Anwendung dieser beiden Magdeburgischen Lehenrechtsformen in Preußen betrifft, so wurde in früherer Zeit ausschließlich nur das schlechtweg Magdeburgische Recht (Magdeburgicum simplex) ertheilt und der Orden gestattete demnach keine Erbfolge der Töchter in Magdeburgischen Gütern. Starb der männliche Stamm aus, so fiel das Magdeburgische Gut an den Orden zurück. Im Ordenstheile von Pommern, wo es, wie erwähnt, am frühsten erscheint, trat es häufig an die Stelle des bisher noch geltenden Polnischen Rechts und war daher dort regelmäßig mit der Ablösung der sog. Polnischen Dienste und Leistungen verbunden. In Preußen wurde es mitunter schon früh auch selbst in solchen Gegenden verliehen, wo sonst wie im Kulmerland fast ausschließlich nur Kulmisches Recht gewöhnlich war. In Betreff der Territorial-Verhältnisse fand, mit Ausnah-

---

43) Jus Magdeburgicum ad utrumque sexum. Das Deutsche „zu beiden Kunnen oder Konnen" kommt bekanntlich vom althochdeutschen chunni, kunni s. v. a. genus.

44) Es heißt daher auch in allen Verschreibungsurkunden über Magdeburgisches Recht aus dem 14ten Jahrhundert immer ganz einfach nur Jure Magdeburgensi oder zu Magdeburgischem Rechte.

une der verschiedenen Erbfolge, zwischen Magdeburgischen und Kulmischen Gütern kein bedeutender Unterschied Statt, denn in der Regel hatte der Besitzer zu Magdeburgischem Rechte die hohe und niedere Gerichtsbarkeit, leistete Kriegsdienste zur Landwehr und zu Kriegsreisen zugleich mit seinen Hintersassen, wenn er solche hatte, entrichtete Pflugkorn, meist auch Wartgeld und Schalvenskorn, zahlte den Kulmischen Pfennig und lieferte ein Pfund Wachs zur Anerkennung der Oberherrlichkeit des Ordens u. s. w., wie der Kulmische Besitzer. Auch war dieses Recht keineswegs bloß auf Deutsche beschränkt, sondern wie in Pommerellen häufig Besitzer slavischer Abkunft, so wurden in Preußen auch sehr oft Abkömmlinge alter Stammpreußen damit bewidmet, weshalb auch nicht selten dieses Recht mit einem bestimmten Wehrgelde im Falle der Ermordung des Besitzers verbunden erscheint. 45) Zuweilen überließ wohl auch der Orden der Wittwe eines Magdeburgischen Gutsbesitzers die Hälfte des Gutes für ihre Lebenszeit als Leibgeding. Allein hierbei sowohl, als bei Veräußerung Magdeburgischer Güter durch Verkauf war man immer sehr darauf bedacht, daß das Besitzthum nicht in einzelne Theile zerfalle, weshalb dieses meistens auch als ausdrückliche Bedingung festgestellt wurde. 46)

---

45) Es heißt z. B. in einer Verschreibungskunde Dieterichs von Altenburg für einen Besitzer zu Magdeburgischem Rechte: Addicimus etiam quod si aliquis dictorum fratrum aliquem aut suorum heredum occiderit, quod absit, talem occisorem pene XXX. mrc. volumus subiacere; in einer andern Urkunde: Ouch geschege, das got nicht enwelle, das yemand by vorgeschreben gelunen odir Joduthe odir Irer Erben keynen (d. i. irgend einen) irslüge, der sal bestanden syn virtzig mark wergeldis. Es kommen auch Magdeburgische Besitzer mit 60 Mark Wehrgeld vor.

46) Es heißt z. B. in einer Verschreibungsurkunde v. J. 1339 Addicimus insuper ex speciali gracia et favore, quod si idem Hermannus discederet, uxore eius superstite, extunc ipsa

Der wesentlichste Grund davon war die Erhaltung des auf den Gütern ruhenden vollständigen Kriegsdienstes, wie daraus hervorgeht, daß die Veräußerung eines Theiles oder auch die Theilung eines Gutes unter mehre Brüder stets nur unter der Bedingung zugestanden wurde, daß die einzelnen Theile dem Orden dann eben so viele besondere Dienste zu leisten hätten. 47) Diesen Kriegsdienst, der wenigstens bei Preußen gewöhnliche ein s. g. ungemessener Dienst war, mußten sie mit ihren Leuten und hintersässigen Bauern in der Regel auf eigene Kosten und Schaden thun. 48) Auf's weibliche Geschlecht wurde in Verleihungen zu Magdeburgischem Rechte im Verlauf des vierzehnten Jahrhunderts noch wenig Rücksicht genommen, denn nur zuweilen findet

---

uxor sua medietatem bonorum predictorum, quam diu vitam duxerit in humanis possidere debebit pacifice et habere. In einer andern Urkunde: Von sunderlichin gnaden wellen wir, ob der Besitzer ee denne syne Efrawe, die her itczund hat, würde vorscheiden, das denne dieselbe fraw von den sechs huben glichs die helfte, dry huben alleyne czu erem lebin czu eyme leypgedinge sal behalden, abir nach erem tode so sal das gut die sechs huben weder die enander czu deme rechte und die deme dynste, die denn dorczu werden gehoren, blyben.

47) So verleiht der Hochmeister Heinrich Dusmer von Arfberg einem Besitzer 77 Huben in zwei Dörfern zu Magdeburgischem Rechte, fügt aber hinzu: Ouch wollen wir, ap is hernochmals geschen, daz sie not dorczu zwünge, daz sie der vorgenanten güther eyns verkowfen, das uns der, der das gut kouft, sal eyn sundirlich dinst thun, als man von dem andern gute tut. Oder es heißt in andern Urkunden: Volumus etiam, quod si predicta bona per predictos fratres aut eorum heredes vel successores dividentur, quot partes erunt, tot servicia secundum posse eorum facere debent de bonis supradictis.

48) Sub propriis dampnis et expensis contra nostros et terrarum nostrarum quoslibet invasores cum suis hominibus et rusticis prout nostri facere consueverunt, wie es in Verleihungen zu Magdeburg. Rechte heißt.

sich für den Erben eines Magdeburgischen Gutes die Verpflichtung, die hinterbliebenen Töchter des verstorbenen Besitzers in geziemender Weise auszustatten 49).

So lange ausschließlich nur schlechtweg Magdeburgisches Recht verliehen wurde, war natürlich eine weitere Bestimmung der Lehenserbfolge bei Verleihungen nicht nothwendig. Als man dagegen im funfzehnten Jahrhunderte mehr und mehr anfing, Magdeburgisches Recht zu beiden Kindern, also auch mit Erbfolgerecht für Töchter zu verleihen, mußten unerläßlich unterscheidende Bestimmungen eintreten. Es geschahen daher jetzt Verleihungen entweder auf schlechtweg Magdeburgisches Recht, ohne weitere Bestimmung, oder solche auf Magdeburgisches Recht zu beiden Kunnen oder die Erbfolge wurde ausdrücklich auf die Töchter ausgedehnt und für einzelne Fälle noch besonders näher bestimmt 50).

---

49) Es heißt z. B. in einer Verschreibung Dieterichs von Altenburg vom J. 1339: Porro si aliquis ex predictis vel ipsorum posteris sive liberis seu filiis decederet, relictis filia vel filiabus, extunc is, ad quem bona defuncti hereditarie devolventur, filiam seu filias de bonis defuncti secundum statum, decenciamque earum et propaginis sue conformitatem debebit maritare.

50) Es wird z. B. ein Gut verliehen „frei, erblich und ewiglich zu Magdeburgischem Rechte, doch mit solcher Unterscheidenheit, were es, das der vorgenannte nicht manneserben, sondern tochter nach seinem tode lassen würde, so thun wir den tochtern solche gnade, das das obgenannte gut an sie erben solle." In einer andern Verschreibung wird diesen Worten noch hinzugefügt: „Aber nach derselben seiner tochter tode, so sal is erben nach czusagunge eyns Magdeburschen rechts." In einer Güterverleihung des Hochmeisters Paul von Rußdorf an Hans von Baisen vom J. 1427 heißt es: er solle die Güter haben frey erplich und ewiglichen czu Magdeburgischen rechte und czu allem nutcze zu besitzen, doch mit solcher Unterscheid, wer es, das er egenante Hannos nicht manneserben, sunder tochter nach seinem tode lassen würde, so thun wir den tochtern sulche gnade, das

Städten und Dörfern wurde dieses Lehenrecht natürlich nie verliehen. Ebenso zogen in der Regel fremde Einzöglinge, die sich als Kolonisten niederlassen wollten, das Kulmische Recht dem Magdeburgischen vor, weil dieses für ihre Nachkommen keine so sichere Bürgschaft im Besitze stellte, 51) wozu auch kam, daß der Orden sich hie und da Versetzungen Magdeburger Grundbesitzer aus einer Gegend in eine andere erlaubte, wobei die verheißenen Entschädigungen wohl nicht in allen Fällen genügen mochten. Höchst selten erbaten sich daher auch Besitzer ihre Güter ausdrücklich zu Magdeburgischem Rechte aus 52).

Die immer seltner werdende Ertheilung des von jeher so hochgehaltenen Kulmischen Rechtes und die immer häufigere Verleihung des Magdeburgischen, besonders des schlechtweg

---

sie boben genannte Güter erben sullen und ire kinder vorban zu Magdeburgischem rechte haben und besitzen.

51) So meldet der Komthur von Balga dem Hochmeister im J. 1428: in der Wildniß bei Johannisburg habe er den neuen Kolonisten Magdeburgisches Recht verleihen wollen; aber, fährt er fort, so vorsteen sich die lüthe des Rechten gar nichtis und alle irre bethe ist, das man In recht gebe, das die gütter an irre kint und fründe erbeten, so welden sie die güter beßren und besitczen. Unser gutdünken were, das man In Colmisch Recht vorschrebe, went sust nicht wol bestendigkeit blebe mit der besetczung, so bald als man eynen worde nach seynem tode nach Inhaldung des Meydeburgischen Rechten in das gut greifen, so were zu besurgen, das Ir gar wenig uff dem Erbe bleben.

52) So verleiht in einer Urkunde Dieterich von Altenburg einem gewissen Samaynen den dritten Theil der Güter in Kaligeynen, welche dieser gekauft hatte und sagt: in quibus quidem bonis prefato Samanyen et suis successoribus propter votivas precum suarum instancias et fidelia eius obsequia Jus Magdeburgense conferimus libere et donamus, volentes quod fratrum predecessorum nostrorum littere, quarum tenore ius Culmense predictorum bonorum incolis est concessum, presentibus non debeat aliqualiter derogare.

Magdeburgischen Rechtes erregten im Lande mehr und mehr Unwillen und Unzufriedenheit. Dazu kam, daß der Orden nicht selten Güter, die früher Kulmisches Recht gehabt, bei Veräußerungen, sofern es nur irgend geschehen konnte, mit schlechtweg Magdeburgischem Rechte austhat, daß er ferner bei seinen finanziellen Bedrängnissen im zweiten und dritten Jahrzehend des 15ten Jahrhunderts sowohl an die Kulmischen als an die Magdeburgischen Grundbesitzer sich immer mehr Anforderungen erlaubte und die Komthure sich hie und da auch wohl Eingriffe in die bisher geltenden Rechte der Gutsbesitzer zu Schulden kommen ließen. Als daher beim Entstehen des Preußischen Städtebundes im Jahr 1440 die Unzufriedenen ihre Beschwerden gegen den Orden aufstellten, war darüber vorzüglich auch die Klage: Land und Städte werden gegen Kulmische Freiheit und flämische Erbgerechtigkeit dermaßen vom Orden beschwert, daß wenn jemand stirbt, und läßt keine männlichen Erben nach sich, so nimmt der Orden die Güter wider Gott und alle Rechte; auch denen, die nicht leibliche Erben haben, wird nicht vergönnt von dem Ordensherrn, ihre Güter zu verkaufen, zu verwechseln und zu verpfänden und werden also für lauter leibeigene Leute gehalten". 53) Diese Klage, auf so gerechten Gründen sie immer wohl auch beruhen mochte, war offenbar zu allgemein gefaßt und betraf hauptsächlich auch die Magdeburgischen Lehengüter. Nun wurden zwar solche Streithändel über Magdeburgische Güter eigentlich nach dem Sächsischen Lehenrechte entschieden; 54) allein der damalige Hochmeister Paul

---

53) Schütz Chron. des Landes Preußen p. 137.

54) In der sogleich näher bezeichneten Urkunde des Erzbischofs von Magdeburg heißt es: Alle sachen umbe lehengut wann darub czwifertigkeit wert Es sie vor unsren lieben getruwen den Scheppen unser alden Statt Magdeburg ader andern Richtern in unserm Lande vor die lehenherrn gewiset werden. Wir wissen ouch zu lehenrechte kein

von Rußdorf wandte sich um Entscheidung über diesen Klagepunkt zunächst nach Magdeburg und erhielt von dem damaligen Erzbischof Günther zu Magdeburg eine eben so genaue als interessante Aufklärung des sächlichen Verhältnisses. 55) Dieser erklärt nämlich zuerst: Wenn der Lehensmann stirbt, so nimmt sein Erbe zu Landrecht alle fahrende Habe, Eigen und Erbe, das der Todte gelassen hat, ohne die Gerade, Morgengabe und das Mußtheil 56). Ferner nimmt des verstorbenen Lehensmannes Erbe nach Landrecht des Verstorbenen verdientes Gut in dem Lehen 57). Die Lehens-

---

sunderlich Magdeburgisch Recht, sunderli die dem Privilegien der Sachssen, das man den Sachsenspiegel nennet, Is mit anbracht eyn teill das lehenrecht heiset, und in sine sunderliche Artikile und Titule geteilet ist, darnach uff lehenrecht zum dickerstenmal gefunden und geteilet wirt.

55) Das Original dieser Urkunde im geh. Archiv; abgedruckt bei Kotzebue Aelt. Preuß. Geschichte. B. I. S. 441.

56) Grimms Rechtsalterthümer B. II. S. 564. ff. Die Urkunde sagt: Varende habe ist, das da vernt von dem Toden an den Erben, Sundern czu der Gerade gehoren nach Sechssischem lantrechte alle Schaff, Gense und kasten mit uffgehoben leeden Garn Betthe kussen Pfoel linnlachen Badelachen Tischlachen, Twelen, Becken, luchter, lien und wipliche Cledere vingerlin Armgolt Schappeln Selter und alle bücher die die frauwen pflegen czu lesen und die czu gotesdinste gehoren Sedeln laden Tepple ummehenge Rugkelaken und alle gebende und alle laken ungesnytten czu frauwen cleidern, Golt und Silber ungemercket gehoret darczu nicht. Czu der Morgengabe gehoren alle veltpferde, Rinder Czegen und Swin, die vor den Hertten gehen, Huhne und Hymmer. Czu dem Musteile gehoren die gemesteden swin und alle gehofete spiese in iglichem des Mannes hofe.

57) Verdientes Gut erklärt der Erzbischof auf folgende Weise: In sancti Bartholomei tage sin allerley Czinzße und Pflege verdienet. In sancte Walburgen Tage lemmerczehende, In unser frauwen tage Assumpcionis genseczehende, In sancti Johannis tage allerley fleischczehende, den man mit bescheidenen gelde gelosen mag, wor man en abir darmitt nicht enlosit, dar ist er vorbienet, als

herren dürfen von erledigten Gütern keine Schulden bezahlen, weil der Lehensmann die Güter, die er von seinem Herrn hat, nicht beschweren soll. Der Lehensmann darf die Güter nicht verkaufen oder sonst abhändig bringen mit Aufsatz oder Hinterlist ohne der Herrschaft Wissen und Willen, weil es gegen die Pflicht seiner Treue wäre und durch kaiserliche Gesetze verboten ist. Sodann setzt der Erzbischof auseinander, wie es auf Lehensgütern mit der Frauenleibgeding gehalten werde: „So ist in unsern Landen eine Gewohnheit, daß die Lehenherren nicht gerne versagen den Frauen an den Lehengütern Leibzucht zu verschreiben, doch nach der Weise, daß die Lehenserben, ob die kämen, nicht irre gingen, und welche Frau das versäumt, daß sie von dem Lehenherrn mit dem Leibgedinge nicht beliehen würde, der folget davon nichts, als was ihr der Herr mit Willen und von Gnade will folgen lassen, und ihres Mannes Gift ob er ihr die gethan hätte ohne des Herrn Willen, hat nicht Macht. Und ob auch die Frau mit Leibgeding von ihrem Herrn beliehen würde, so währt es doch nicht länger als zu ihrem Leben und sie darf es nicht fürder erben, wie man im Magdeburgischen Weichbild findet. Endlich fügt der Erzbischof noch die Erklärung hinzu, daß das Lehengut dessen, der ohne Lehenserben, d. h. ohne Söhne stirbt, wieder an den Lehensherrn fä 58).

---

das vihe geboren ist. In sancte Margarethe tage kornczehende wur das korn geschocket ist, In sancti Urbani Tage wingarten und baumgarthenczehende, des mannes sath die er mit seinem Pfluge werket, die ist vordienet, wan er mit seinem Pfluge darober vehret, das garthen als er gesaed und geharket ist, gelt von Molen von Czollen von Muntzen und Obistgarthen ist vordient wan der Czinstag kompt.

58) Die Urkunde ist datirt: Magdeburg im J. 1440 am Sonnab. nach S. Mauritii Tag. Sie enthält noch einige anderweitige Bestimmungen, die in ihr nachzulesen sind. Es verdient hier noch eine

Ungeachtet dieser Erörterung kam es im Jahre 1446 zwischen dem Hochmeister und den Magdeburgischen Gutsbesitzern aus dem Komthurgebiete von Schwez dennoch wieder zum Streite über die Frage: ob die auf Magdeburgisches Recht verliehenen Güter, wenn die Besitzer ohne Lehenserben stürben, wieder an den Orden zurückfielen oder nicht 59)? Die Magdeburgischen Gutsbesitzer behaupteten das Letztere, sich darauf stützend, daß ihre Lehensgüter nicht frei seien, denn sie müßten für sie wie für die Kulmischen Korn und Weizen oder das s. g. Pflugkorn und jährlichen Zins geben; wenn man aber Lehensgüter jährlich verzinsen müsse, so könnten diese, so lange nur noch einige Erben vorhanden wären, für die Lehensherren nicht offen oder erledigt werden 60). Der

---

Verschreibung des Hochmeisters Paul von Rußdorf vom J. 1434 einer Erwähnung, worin er dem Landkämmerer zu Huntenau Bartusch Rutenberg, sowie seiner Ehefrau Ursula das Dörfchen Wangniken im Gebiete von Brandenburg und dazu 6 Huben im Dorfe Tharau zu einem redlichen Dienst mit Hengst und Harnisch auf Magdeburgisches Recht verschreibt, aber, wie es heißt, nur »czu Irer beyder leben und nicht lenger und von sunderlichen gnaden thun wir frauwen Urselen sulch gnade, das nach Irem tode Ir kastegewant und die farende habe die helfte Iren fründen und erben sal folgen und gefallen, Sunder die andir helffte mitsamt den legenden gründen und was darczu gehorrt, sal mittenander an uns und unsern Orden und an nymand anders komen und sterben, doch alzo das die farende habe gancz und ungeteilet sal bleiben dieweile sie beide leben, usgenommen der frauwen kastengewannt, das an Ire neste fründe sal sterben und gefallen.

59) Darüber ein Schreiben des Komthurs von Schwez an den Hochmeister, Dat. Schwez Freit. nach Felicis 1446.

60) Der Hochmeister Ludwig von Erlichshausen schrieb nachher darüber an die Schöffen in Magdeburg: Nu hebben wy schelunge met unsern undersathen, dy von unsen ordene in Magdeburgischen rechte belegin syn, dy denne vor sich nemen und spreken, dat absulke güdere, wann sy ane lyveslehnerven in got vorsterven, nicht an uns und an unsern orden sterffen schullen, Hirume wen dy genannten ere lehngüdere nicht fry sin, nachdem sie da von dat genannte was (Wachs)

Streit zog sich hin bis in die Zeit des Hochmeisters Ludwig von Erlichshausen, der sich um Entscheidung der Streitfrage an den Schöffenstuhl in Magdeburg wandte, denn es war klar, daß die Magdeburgischen Lehensbesitzer wie gleiche Lasten so gleiche Rechte mit den Kulmischen und Aufhebung des Heimfalls an den Orden erzielten. Er erklärte daher den Schöffen, welche Bewandtniß es mit den erwähnten Abgaben von den Lehensgütern eigentlich habe. Sie seien, sagte er, nichts weiter als der Priesterzehnte, den der Orden schon in sehr früher Zeit durch päpstliche und kaiserliche Begnadigung zur bessern Bezwingung der Heiden zugesprochen erhalten und seit Menschengedenken schon zur Beschirmung des Landes gehabt habe; es sei demnach nicht eine weltliche Anordnung, sondern nach göttlichem Rechte so ausgesetzt, daß der Orden von seinen belehnten Untersassen, die im Magdeburgischen Rechte säßen, von des genannten Zehnten wegen jährlich ein Krampfund Wachs und von jedem Pfluge einen Scheffel Korn und einen Scheffel Weizen erhalte; es sei dieses nicht als eine den erwähnten Lehengütern auferlegte neue Beschwerde, sondern als ein Zehnte zu betrachten, weshalb sie auch von der Einrichtung des sonst gewöhnlichen Priesterzehnten frei seien. So widerlegte der Hochmeister die Behauptung, daß die Magdeburgischen Lehensgüter mit weltlichem Zins belastet seien und stellte dadurch den Beweis, daß diese Güter keineswegs als Zinsgüter, sondern als freie Lehensgüter anzusehen seien, worauf er dann auch die Behauptung gründete, daß solche Güter nach Ausweis des gemeinen Rechts, wenn die Besitzer ohne Leibeslehenserben stürben, an den Orden zurückfallen müßten, wofür auch das

---

korn und weyte (Weizen) gheven und also jerliken vortynßen müsten und wur man Lehngüdere jerlicken vortynßet, by en mogen den heren by wyle dat dar ennige erven sin, nicht geopent werden.

Herkommen schon seit langen Zeiten spreche. Der Spruch des Schöffenstuhles zu Magdeburg fiel für den Orden günstig aus; er sprach dem Orden aus den vom Hochmeister ihm vorgelegten Gründen das Recht des Anfalles dieser Güter bei Ermangelung von Leibeserben wirklich zu 61).

Der für den Orden so unglückliche Ausgang des Preußischen Bundes hatte jedoch auch in diesen Verhältnissen manche sehr wichtige Veränderungen zur Folge. In Westpreußen, welches sich der Herrschaft Polens unterwarf, hob der König von Polen im Jahre 1476 mit allen übrigen geltenden Rechten auch das Magdeburgische völlig auf und ließ fernerhin nur das Kulmische gelten, weil es von jeher gleichsam das Lieblingsrecht im Lande gewesen war 62). Welchen Ver-

---

61) Der Spruch des Schöffenstuhles lautet: Hir upp spreche wy Scheppen to Magdeburgk vor Recht, Is juwem orden to vormeringe der Cristenheit durch bebistlike und keyserlike begnadunge de thegede der Pristere to hulpe gegeven, uppe dat de land deste bad in dem rechten geloven beschermet und befredet worden, hebbe gy denne und juwe vorfaren juwen undersaten den acker, dar juwe orden den thegeden ane hefft, alſo gelegen, dat gy von juwen des ordens belehnden undersathen alle Jar eyn krampund wässes und von eynem iowelken Pluge eynen schepel korn und eynen schepel weites im namen des tegeden und als tegeden dar van von en upgenommen hebben, und efft de belehnden ane lyveserven stürven, dat juw denne dat gud und acker schal vorlediget wesen, und hebbe gy denne eyn alsodans in weren und in besittunge unvorbroken wente her to gehad geholden und besetin, So sint gy neger und mit beterem rechte dar by to bliven, wenn se juw und juwen orden daran vorhindern mogen, von rechtes wegen vorsigelt mit unserm Ingesigel.

Scheppen tho Magdeburgk.

Das Original dieser Urkunde, welches zugleich den vollständigen Bericht des Hochmeisters an die Schöffen enthält, ist ohne Datum im geh. Archiv VII. nr. 3.

62) Hartknoch A. und N. Preuß. S. 582.

änderungen aber in Ostpreußen das Magdeburgische Recht zuerst durch das Privilegium des Hochmeisters Martin Truchses von Wetzhausen im Jahre 1487 und ferner durch das Privilegium über das Magdeburgische Recht vom Herzog Albrecht im Jahre 1540 unterlag, ist allzu bekannt, als daß es hier einer weitern Erörterung bedürfte 63).

§. 3.

Das Freilehensrecht; das Preußische Recht; das ununterbrochene Erbrecht und Burglehenrecht.

Wenn Kulmisches und Magdeburgisches Recht ebenso an Preußen, wie an Deutsche Einsassen verliehen wurden, so waren dagegen mit Freilehensrecht, Preußischem Recht, ununterbrochenem Erbrecht und Burglehenrecht ausschließlich immer nur Preußen bewidmet und nie erhielt diese Rechte ein deutscher Besitzer. Das wesentlichste im Charakter dieser Rechte, wie sie sich im dreizehnten Jahrhundert ausgebildet, ist bereits an einem andern Orte hervorgehoben 64). Bedeutende Veränderungen darin waren auch späterhin nicht vorgefallen. Dem Namen nach gab es freilich eben so wenig ein Freilehensrecht als Freilehensgüter und Freilehensleute 65); aber es fand ein den Preußen allein zuständiges Recht statt, welches sich durch die in ihm gegründete Freiheit von Zehntleistung und bäuerlicher Arbeit, durch eine besondere Erbfolge, durch ungemessene Kriegsdienstpflicht, durch regelmäßige Feststellung eines bestimmten Wehrgeldes u. s. w. als ein

---

63) Privileg. der Stände des Herz. Preuß. 19. 27. 28. 44. Baczko Annal. des Königr. Preuß. 1793. III. S. 45.

64) S. Voigt Geschichte Preuß. B. III. S. 434—443. IV. S. 594. ff.

65) D. h. Diese Benennungen kommen bei Chronisten und in Urkunden nie vor.

besonderes Recht gestaltete; ferner gab es Besitzungen auf dieses Recht, welche durch den Charakter desselben den Namen Freigüter oder Preußische Freigüter erhalten hatten, und es gab endlich Besitzer, welche davon die Freien oder Preußische Freien genannt wurden 66). Man hat dem Rechte, nach welchem die Freilehensgüter ausgethan wurden, den Namen des Preußischen Rechts gegeben; allein so passend er auch ist, so hat man doch selten damit einen bestimmten und richtigen Begriff verbunden 67). Folgendes möchte zur Erläuterung dienen.

Es ist von selbst klar, daß diejenigen Preußen, welche ihre Besitzungen weder auf Kulmisches, noch auf Magdeburgisches Recht hatten, auch in allen ihren Rechtsverhältnissen nicht an diese Rechte gebunden sein konnten, sondern daß vielmehr ein Recht vorhanden sein mußte, welches für solche Bewohner des Landes die nöthigen Rechtsbestimmungen enthielt und nach welchem ihre Rechtsverhältnisse gestaltet wurden. Dieß war das s. g. Preußische Recht 68). Wie aber das Kulmische Recht im Allgemeinen die Gesammtheit aller Rechtsverhältnisse derjenigen umfaßte, welche ihre Besitzungen auf dieses Recht erhalten hatten, so auch das Preußische Recht; woraus von selbst folgt, daß wenn vom Preußischen Rechte

---

66) Daher z. B. im Ermländischen Verschreibungsbuch p. **LXXIV.** ein Registrum liberorum Iure Pruthenicali residentium. In einer Verordnung Konrads von Erlichshausen heißen sie auch »gemeine Freien« oder abwechselnd »Freien.« Ihre Güter werden auch schlechthin »Preußische Güter« genannt.

67) Vgl. darüber Hartknoch A. und N. Preuß. p. 563, aus dessen Worten klar hervorgeht, daß er einen unrichtigen, wenigstens durchaus nicht umfassenden Begriff vom Preußischen Rechte hatte.

68) Ius Prutenicum oder Pruthenicale, wie es in Urkunden hundertfältig genannt vorkommt.

überhaupt die Rede ist, nicht an ein einzelnes bestimmtes Rechtsverhältniß mit Ausschluß aller andern gedacht werden darf, denn in der Anwendung findet es sich auch wirklich in Beziehung gestellt zu den verschiedenen Rechtsverhältnissen der Preußischen Grundbesitzer.

Achtet man nämlich genauer auf die verschiedenen Beziehungen des Preußischen Rechts, so erscheint es erstens als ein bestimmtes Erbfolgerecht oder als ein eigenthümliches Preußisches Erbfolgerecht 69). Als solches bestand es jedoch in doppelter Form, eines Theils nämlich in der, in welcher es schon der bekannte Vertrag vom Jahre 1249 feststellte, also daß nicht bloß Söhne, sondern auch Töchter in den Besitz der Freilehen eintreten konnten 70), wie auch wirklich die letztern oft ausdrücklich als Erben zugelassen werden, andern Theils in der strengeren Form des ununterbrochenen Erbrechts, nach welchem das Freilehen in gerader Linie herunter bis auf den letzten männlichen Erben fällt. Es war bekanntlich in dem erwähnten Vertrage, obgleich der Orden schon damals vorzüglich durch den Grundsatz geleitet wurde, die Lehengüter der Preußen in der Erbfolge so viel als möglich in männlicher Linie festzuhalten, den Unterworfenen ein ziemlich ausgedehntes Erbrecht zugestanden worden. Allein die erfolgte Empörung der Preußen hatte mit allen in dem Vertrage zugestandenen Rechten auch dieses freiere Erbrecht aufgehoben und um sich in Beziehung auf die den Preußen verliehenen Lehengüter sicherer zu stellen, hatte der Orden an die Stelle jenes freieren Erbrechts das s. g. ununterbrochene Erbrecht gesetzt, nach welchem die Erbfolge „stetig und

---

69) Das in Freilehensverschreibungen sehr häufig vorkommende, aber auch oft vorausgesetzte Ius hereditarium Pruthenicale.

70) Voigt Preuß. Geschichte B. II. S. 621.

ununterbrochen, nur in gerader Linie herunter bis auf den letzten männlichen Erben fällt und da aufhört 71)." Diese strenge, ununterbrochene Erbfolge galt nun auch allerdings bei den Freilehensgütern im Allgemeinen als vorherrschende Regel und gehörte sonach mit zu deren eigentlichem Charakter. Allein schon in früher Zeit, d. h. schon im dreizehnten Jahrhundert hatte der Orden, um einzelne Preußen für ihre Verdienste zu belohnen und andere für sich mehr zu gewinnen, nicht selten bei Verleihung dieser Güter sich auch Ausnahmen von der strengen Regel erlaubt, d. h. bei diesen Gütern auch die Erblichkeit auf beide Geschlechter zugegeben, so daß erst in Ermangelung von Erben beides Geschlechts die auf Preußisches Erbrecht verliehenen Güter an den Orden zurückfielen 72). Mitbelehnung von Freilehen an Töchter

---

71) Hartknoch A. und N. Preuß. p. 563. Kreutzfeld vom Adel der alten Preuß. S. 16. Wie richtig die obenerwähnte Erklärung Kreutzfelds vom Ius hereditarium perpetuum oder dem ununterbrochenen Erbrecht ist, erweist eine ihm unbekannt gebliebene Urkunde, wo es über die Erbfolge in Freilehensgütern heißt: In Prusia quando infeudatur alicui et suis heredibus possessio aliqua iure hereditario perpetuo possidenda, nomine heredis veniunt soli filii. Quibus deficientibus feudum ad infeudantem revertitur, nec nomine heredis veniunt filie, agnati vel cognati, ymo nec fratres. Daß dieses Erbrecht mit dem Preußischen Recht zusammen falle, zeigt auch die Antwort eines Hochmeisters an den Landpropst von Ermland, worin es heißt: Als Ir hatt uns lassen vorbrengen begerende euch zu unterrichten, wie wirs mit unsern lewten und Iren gütern halden, die in Iren brieffen erbrecht beschrieben haben und nicht Colmisch noch Prewsch recht u. s. w. So wisset das wirs und unser gebiettger domethe also halden, was lewte in Iren brieffen erbrecht und nicht Colmisch noch prewsch recht beschrieben haben und wen die gesterben, das alle semliche güter der Hirschaft ansterben gleich Prewschem rechte. Vgl. Kreutzfeld a. a. O.; im geh. Archiv Schiebl. LXXIV. nr. 1.

72) Ueber die Erbfolge in diesem Falle heißt es in der eben erwähnten Urkunde: Si infeudatur alicui et heredibus suis utrius-

kommt im vierzehnten Jahrhundert noch weit häufiger vor als im dreizehnten 73). Schon früher war häufig mit der neuen Uebernahme eines dem Orden anheimgefallenen Preußischen Gutes die Ausstattung der Töchter des verstorbenen letzten Besitzers verbunden; unter Konrad von Erlichshausen wurde sie zur regelmäßigen gesetzlichen Verpflichtung 74).

---

que sexus possessio, filie non succedunt filiis existentibus, deficientibus vero filiis et filiabus feudum ad dominum revertitur, etiamsi superessent agnati vel cognati. Vgl. Voigt a. a. O. B. III. S. 429. 435. 450. 451.

73) Die Ausdrücke Ius Pruthenicale, Ius hereditarium Pruthenicale oder bloß ius hereditarium wechseln in solchen Verleihungen ab. So heißt es z. B. in einer Verschreibung des Bischofs Johannes von Ermland vom J. 1365: Nostro Camerario Glande suisque veris et legittimis heredibus utriusque sexus quatuor mansos iure pruthenicali contulimus possidendos; in einer andern des Ermländischen Domkapitels vom J. 1334 erhält der Besitzer seine mansos iure hereditario et successione legittima in filios et filias et eorum heredes perpetuo possidendos; in einer Verleihung vom J. 1348 bloß: Contulimus fidelibus nostris Theodor. Dangil et veris ac legittimis heredibus octo mansos liberos Iure hereditario pruthenicali perpetue possidendos. Häufig kommt auch vor: Contulimus N. N. suisque veris et legittimis heredibus utriusque sexus tam feminis quam masculis mansos liberos Iure hereditario et pruthenicali perpetuo possidendos. Zuweilen wird auch bloß die Ausstattung der Töchter ausdrücklich ausbedungen, so in einer Verschreibung vom Jahr 1362: er solle das gut besitzen fry von gebüerlicher erbeit ewiclich mit alsogetaner undirscheit, das her von dem gute by Juncfrawen der frawen tochter, by her czu eyner elichen frawen hat genommen nach syner macht erlichin sal usgeben czu elicher gewonheit und czu elichem Leben.

74) Die Verordnung des Hochmeisters besagt: Wen Prewsche gütter an die Herschaft vorsterben, da vrawen und Jungvrawen ynne sein, so sulle dy Herschaft Hengst und Harnasch zuvor ußnemen und die Helfte der farenden Habe der frauwen lassen, sunder von der andern Helfte sulle der, der das gut enphat nach wirde derselben farenden Habe und der güter nach dirkenntnisse der Herschaft von gnaden

Sehr oft wurde bei solcher Zusicherung des Preußischen Erbrechts, besonders in Ermland die ausdrückliche Verbürgung hinzugefügt, daß niemand den Besitzer oder seine Erben aus dem ihm zugesicherten Besitzthum solle vertreiben können 75). Man findet auch, daß dieses Preußische Erbrecht zuweilen an ganze mit Preußen besetzte Dorfschaften verliehen wurde. Schied dann ein Dorfbewohner aus der Gemeine aus, so durfte er sein Besitzthum nicht veräußern, sondern mußte, weil es ein Dorflehen war, ohne weiteres darauf Verzicht leisten 76). — Das Preußische Recht erscheint zweitens auch oft in einer bestimmten Beziehung auf gewisse Abgaben, Leistungen und Dienste, welche der Orden von den Besitzern Preußischer Freilehen nach Landesgewohnheit verlangte, wohin besonders der für Preußische Freilehensbesitzer eigenthümliche Kriegsdienst mit s. g. Preußischen Waffen und auf ungemessene Zeit gehörte 77). Noch weit häufiger findet

---

wegen eyne erbare usrichtunge thun, das man die Jungfrawen davon erbarlich besorgen möge.

75) Es heißt gewöhnlich, daß ein Gut ad eum Iure prutheniecali et ad veros et legittimos heredes suos perpetue deberet pertinere, sic quod nullus eum aut aliquem heredum suorum de predictis mansis depellere possit, oder sic quod nullus eos vel aliquem heredum suorum depellere valeat de eisdem mansis iure hereditario pruthenicali.

76) So gründet z. B. der Bischof Jacob von Samland im Jahr 1347 ein Dorf auf Preußisches Recht (iure pruthenicali), fügt aber ausdrücklich hinzu: si successu temporis aliquem dicte ville incolarum recedere ab ipsa villa contingeret, extunc hereditatem suam vendendi vel alienandi licentiam non habeat, sed eandem heredidatem suam secundum terre consuetudinem resignabit.

77) Wenn es z. B. in einer Verschreibung heißt: es solle ein Besitzer eines Freilehens einen Dienst „czu Preußischem Rechte leisten", so soll er in einer Waffenrüstung erscheinen, wie sie der Orden dem

sich drittens das Preußische Recht in einer bestimmten Anwendung in Jurisdictionsverhältnissen. Da der Orden regelmäßig die Gerichtsbarkeit über die Preußen sich selbst und ausschließlich allein vorbehielt, so mußte er sie nach einem besondern Rechte richten, und dieses Recht war das Preußische Recht in Jurisdictionsverhältnissen, worin sich der Preußische Lehensbesitzer wesentlich vom Kulmischen unterschied, denn auch in dieser Beziehung bildeten Kulmisches oder Deutsches Recht und Preußisches Recht gewissermaßen Gegensätze 78). — Mit dieser Beziehung auf Jurisdictionsverhältnisse steht viertens in enger Verbindung die völlig gleiche Bedeutung des Preußischen Rechts und des Wehrgeldsrechts, denn wie schon anderwärts bewiesen ist, heißt Verleihung des Preußischen Rechts häufig durchaus nichts

---

Rechte nach von einem Preußen auf einem Freilehen forderte; oder es heißt: ein Gut solle sein „prüsisch fry von czenden und gebürlicher Erbeit". Daher wurden auch die nach dem Preuß. Rechte zu leistenden Dienste Preußische Dienste genannt. Sehr deutlich spricht darüber eine Urkunde des Domkapitels von Pomesanien vom J. 1401; es verleiht den Preußen im Dorfe Colmen eine Anzahl Huben und sagt: „Diese sollen sie zu Kulmischem Rechte erblich und zu Preußischem Rechte Dienste zu dienen haben, wie sie vormals gedient haben, wo und wie man ihrer bedürfe. Privileg. Capit. Pomesan. p. LXXXV.

78) So heißt es z. B. in einer Verschreibung des Ermländischen Domkapitels: Judicia maiora et minora in sepedictis bonis Jure prutenico nostri Capituli Advocatus, qui tunc pro tempore fuerit, iudicabit; in einer andern vom J. 1315: Dorobir von gobe sunderlicher gnode gebe wir dorczu, daz dy vorgenanten St. und syn bruder und ere eliche erbelinge in zachen von Totslegen adir in andern, welcherleye sy sint und weder welche die Prüsch recht gebruchen, welle wir sy Prüsch recht lossen haben und weder alle, dy do Culmisch recht, wolle wir sy Culmisch recht lossen haben, daz neme wir doynne us, daz in welchen zachen sie keyn unsern Brüdern werden czuschicken haben, in den zullen sy Prüschem rechte underlegen Vergl. Voigt a. a. O. B. IV. S. 505.

weiter als Bestimmung eines gewissen Wehrgeldes bei der Tödtung eines mit diesem Rechte begabten Freilehensmannes 79). In dieser Beziehung hat besonders im Verlaufe des vierzehnten Jahrhunderts das Preußische Recht eine große Verbreitung gewonnen, denn es gab wenig Freilehensbesitzer mehr, die nicht zugleich ein bestimmtes Wehrgeld gehabt hätten.

Aus dem allen aber leuchtet wohl klar ein, daß das Preußische Recht keineswegs, wie man früher glaubte, sich nur auf ein bestimmtes Erbrecht beschränkte, sondern überhaupt mehrfache Rechtsverhältnisse umfaßte. Wird nun aber schon durch dieses Recht in seinen verschiedenen Beziehungen der Character der Freilehensgüter ziemlich scharf gezeichnet, so kommt noch ferner hinzu, daß mit dem Freilehensrechte gewöhnlich auch die rechtliche Befugniß verbunden war, die Lehensbesitzung mit Bauern und Hintersassen zu besetzen, von diesem gewiße Dienste und Leistungen zu fordern, über sie die Gerichtsbarkeit, gewöhnlich wenigstens die niedere zu üben u. s. w. Streng hielt man dagegen auf die Untheilbarkeit dieser Güter in der Erbfolge, denn nach dem ununterbrochenen Erbrechte sollten sie eigentlich nie theilbar seyn, wenn auch mehre Söhne eines Besitzers vorhanden waren. In der Regel folgte daher im Besitze zunächst der älteste Sohn oder der Orden bestimmte aus mehren Söhnen den Erben des Gutes oder, was ebenfalls sehr häufig geschah, das Lehengut wurde zwei oder drei Brüdern zugleich verschrieben 80). Nun mochte zwar allerdings nicht selten der Fall eintreten, daß nachgeborene Söhne ohne Be-

---

79) Hierüber ist hinlänglich in Voigt a. a. O. B. IV. Beilage Nro. II. gesprochen.

80) Voigt a. a. O. B. III. S. 435 — 436.

sitz blieben; da indessen die erblosen oder erledigten Lehen dem Orden anheim fielen und neu ausgethan werden mußten, so bot sich dadurch wiederum vielfache Gelegenheit dar, auch die nachgeborenen Söhne von Freilehensbesitzern mit ländlichem Eigenthum zu begaben. Eben so waren diese Güter ihrem Wesen nach als Lehen nicht freiveräußerlich. Zuweilen jedoch ertheilte der Orden sogleich bei der Verleihung die Erlaubniß, das Freilehensgut zu verkaufen oder zu vertauschen, aber nur mit Wissen und Genehmigung der Ordensgebietiger und stets unter Vorbehalt der oberherrlichen Rechte 81). Ueberhaupt darf nicht unbemerkt bleiben, daß bei keinem andern in Preußen geltenden Rechte die Rechtsverhältnisse im Einzelnen bei der Anwendung so manchfaltig wechselten und die geltenden Regeln von so vielfältigen Ausnahmen und Modificationen durchkreuzt wurden, wie bei diesem Freilehensrechte; woraus man fast schließen möchte, als habe der Orden sich gerade bei diesem nur eigentlichen Preußen zukommenden Rechte einen möglichst freien Spielraum zu allerlei einzelnen Freiheiten, Begnadigungen und Begünstigungen, welche theils Zeit-, theils Orts-, theils persönliche Verhältnisse erforderten, nicht ohne Absicht offen gelassen 82).

---

81) Wir finden daher in Verschreibungen über Freilehen Bestimmungen wie folgende: Wir geben dorobir orlop zu vorkoufen dasselbe veld, also daz sie is erst unsern brüdern bewisen, weme sy is wellen vorkoufen czu zogetanem rechte, als sie is besessen haben; oder: So vorlye wir in sünderliche gnade czu vorkoufen dy vorgenannten gute, weme sy selben wellen, alzo doch das is myt wissen geschehe unsir brudir mit demselben rechte alzo sy ys vor besessen haben. Diese letztere Bestimmung wiederholt sich jedesmal, woraus hervorgeht, daß es dem Orden sehr wichtig war, ein Freilehen auch durch den Verkauf in seinen Verhältnissen nicht verändern zu lassen.

82) Außer der doppelten Form in der Erbfolge, der verschiedenen Höhe im Wehrgelde und den verschiedenen Bestimmungen in der Ju-

Das Burglehenrecht bildete eine Art von Mittel- oder Nebengattung von Kulmischen Gütern und Freilehen, denn es band sich nicht streng an eins der beiden Rechte; es gab Burglehen zu Kulmischem und zu Freilehensrecht 83). Da indeß die Ordensritter die ihre Burgen betreffenden Dienste zum Theil selbst verrichteten, sie z. B. mit ihren eigenen Waffen bewachten und vertheidigten, zum Theil auch ihre Lehensleute an sich schon zu solchen Burgdiensten verpflichtet waren, so finden sich Burglehen im eigentlichen Ordensgebiete überhaupt gar nicht und nur in den bischöflichen Landestheilen erscheinen sie als eine besondere Gattung von Lehensgütern. Wir lernen die Verhältnisse derselben am besten im Gebiete des Bischofs von Samland kennen 84), denn da sein Landestheil von jeher den feindlichen Einfällen von Osten her sehr ausgesetzt war, so mußte er auch um so mehr bemüht seyn, seine Landesburgen stets mit allen Mitteln der Vertheidigung zu versehen. Eins der wichtigsten hiebei war, daß er um diese Burgen wehrhafte Leute ansäßig machte, die er für das ihnen zuertheilte Land vor allem zum Kriegsdienst, nämlich bei Vertheidigung der Burgen und zum Wachdienst bei etwa drohenden Gefahren verpflichtete. Dieß blieben immer die wesentlichsten Verpflichtungen des Burglehen-Mannes 85). Mitunter hatten die Burg-

---

risdiction wechseln z. B. auch noch die Begünstigungen mit freier Holzbenutzung, freier Jagdgerechtigkeit, freier Fischerei und dgl. in den Freilehnsgütern ab. Auf diese Ungleichheit macht auch Hartknoch A. und N. Pr. p. 564 aufmerksam.

83) Vgl. was darüber in Voigt Pr. Gesch. B. III. p. S. 488. in Beziehung auf das 13te Jahrhundert gesagt ist.

84) Einzelne kommen auch in Ermland vor; nur in Pomesanien und im Kulmerland haben wir keine Spur gefungen.

85) Voigt a. a. O. Anmermerkung 2. In einer Verschreibung des Bischofs vom Samland vom J. 1332 heißt es: der Besitzer einer

lehensleute außerdem noch andere zinspflichtige Güter und waren nur zinsfrei in Rücksicht ihrer Burglehen 86). Besaßen sie diese auf Freilehensrecht, so stand ihnen auch Freiheit vom Zehnten und von bäuerlicher Arbeit zu. Als Besitzer dieser Burglehen hießen sie Burgmannen, Burgleute oder Bürger (Cives). Versäumten sie die ihnen obliegenden Dienstpflichten, so wurden ihnen die Burglehen entnommen und anderweitig ausgegeben. Außer ihnen saßen auf diesen als Hintersassen Burgdienstknechte oder Geleitsknechte (Familia conductitia genannt), die den Burgmann in seinem Kriegsdienst zur Vertheidigung der Burg begleiten mußten, über die er die niedere Gerichtsbarkeit übte und deren Unterhaltung auf dem Burglehen mit in seinen Verpflichtungen lag 87).

§. 4.

Das Polnische Recht.

Polnisches Recht war in Preußen ohne Zweifel schon vor des Ordens Ankunft nicht ganz unbekannt, denn es

---

Anzahl von Huben in der Gegend der bischöflichen Burg Fischhausen solle haben unam partem videlicet bonorum huiusmodi titulo feudi, quod Borklehen dicitur, reliquam vero partem sub annuo censu; Dann wird hinzufügt, daß auch seine Erben partem dictorum bonorum in feudum castri nostri Bischosveshusen quod borklehen dicitur teneant et possideant, sicut ab antiquo pacifice sunt possessa, de quibus pro defensione castri nostri iamdicti contra quoslibet ipsum impugnantes, ad quaeque fidelitatis obsequia sint astricti.

86) Voigt. a.a. O.

87) Ueber diese Familia conductitia heißt es in einer Verschreibung über ein Burglehen: Preterea memorato A. et suis heredibus singularem concedimus facultatem corrigendi familiam suam conductitiam de levibus excessibus, si quos committunt intra sepes curie, maioribus duntaxat et qui extra curiam ipsam perpetrantur nostro et successorum nostrorum iudicio reservatis.

galt sehr wahrscheinlich schon seit langer Zeit nicht nur im nachbarlichen Pommern, sondern auch die Unterwürfigkeit des Kulmerlandes unter dem Scepter Polens und die vielfachen theils friedlichen, theils feindlichen Berührungen der Preußen mit Polen und Masoviern hatten gewiß auch zu einiger Bekanntschaft mit Polnischen Sitten, Rechten und Gesetzen geführt 88). Daher kam es auch, daß die neubekehrten Preußen in dem bekannten Vertrage vom Jahre 1249 sich das Recht und die Gerichtsverfassung der Polen wählten, um darnach gerichtet zu werden 89.) Es bleibt indessen zweifelhaft, welches die einzelnen Rechtssatzungen gewesen seyn mögen, die damals aufgenommen wurden, wie sie den Verhältnissen der Preußen angepaßt, was darin schon früher und nachmals umgewandelt worden und inwiefern also das spätere s. g. Preußische Recht in Jurisdictionsverhältnissen dem Polnischen Rechte noch nahe verwandt gewesen seyn mag, zumal da wir nicht einmal bestimmt wissen, was etwa aus jenem Polnischen Rechte in einzelnen Rechtssätzen und Rechtsformen in das nachmalige Preußische Jurisdictionsrecht übergegangen und beibehalten seyn mag, indem uns nur gesagt wird, aber ebenfalls sehr unbestimmt, was man nicht aus dem Polnischen Rechte aufzunehmen für gut fand 90). Gewiß aber ist, daß im vierzehnten und funfzehn-

---

88) Jus Culmense. Danzig 1767 p. 9.

89) Voigt a. a. O. B. II. S. 625. 626.

90) Es heißt im Vertrage: Postea dicti Neophiti requisiti a nobis quam legem mundanam vellent eligere vel que vellent secularia iudicia observare, habito inter se consilio petierunt et elegerunt legem mundanam et secularia iudicia Polonorum vicinorum suorum et predicti fratres concesserunt eis benigne. et ad petitionem ipsorum Neophitorum ferri candentis iudicium et ad mandatum nostrum omnia alia si qua sunt in eadem lege contra Deum et Romanam ecclesiam sive contra

zehnten Jahrhundert das Polnische Recht auch neben dem Preußischen in Preußen, wie in Pommern noch geltend war. Die fortwährende Anwendung desselben in Preußen läßt sich nicht bloß daraus schließen, daß sich der Orden die Gerichtsbarkeit über die in Preußen wohnenden Polen, Slaven oder Wenden beständig selbst vorbehielt und diese also nach einem bestimmten Rechte richten mußte, welches kein anderes als Polnisches Recht gewesen seyn kann 91), sondern wir erfahren auch noch aus einer Verordnung aus der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts, daß das in Preußen geltende Polnische Recht noch seine eigenen Bestimmungen über Gerichtssporteln hatte 92). In andern Beziehungen aber als in Jurisdictionsverhältnissen scheint dieses Recht in Preußen selbst keine Anwendung gefunden zu haben.

In Pommern war im Anfange des vierzehnten Jahr-

---

libertatem ecclesiasticam ab eadem lege penitus removerunt et concesserunt penitus non servari.

91) In vielen Urkunden kommt noch ausdrücklich die Bestimmung vor: Idoch welle wir unser Polenschen lüte umb alle sachen vor uns czu beklagen; oder es heißt: Unsir Polnische lüte, die sal niemand richten denn wir adir unser brüder. Daß es wirklich Polnisches Recht war, nach welchem gerichtet wurde, ersehen wir auch schon aus einer Verschreibungsurkunde des Landmeisters Konrad von Thierberg vom J. 1284, wonach ein Besitzer die hohen und niedern Gerichte erhält, wobei es heißt: et penas delinquentium et omnes questus iudiciales in omnibus bonis supradictis et ut suos homines more Polonico et iure possit iudicare, quemadmodum fratres eorum homines.

92) Es heißt nämlich in einer Verordnung des Hochmeisters Konrad von Erlichshausen vom J. 1445 für die Komthure: „das eyn itczlicher (Komthur) nicht mehr in den gerichten von ymands nemen, furdern und heischen solle, denn als vil em durch eyn itczlich Recht, es sey Prewsch, Colmisch oder Polensch, nach awswysung derselben Rechte von den Scheppen czugerichtet und ausgesprochen wirt.

hunderts das Polnische Recht noch sehr allgemein und selbst der Orden gab noch im Verlaufe dieses Jahrhunderts hie und da Güter auf dieses Recht aus, wobei es auch zuweilen unter dem Namen des Pommerischen, auch wohl des Slavischen Rechts erscheint 93). Es kommen zwar auch hier Fälle vor, in denen das Polnische Recht nur eine specielle Beziehung auf Jurisdiction oder auf die Gerichtsgefälle hat 94). Weit häufiger aber werden, eben so wie in Schlesien, Polnisches Recht oder Polnische Rechte auch die verschiedenartigen Leistungen, Abgaben und Dienste genannt, zu welchen schon aus früher Zeit her die Bewohner Pommerns gegen ihre Fürsten und deren Hof verpflichtet gewesen, welche immer schon als ein landübliches Polnisches Recht betrachtet und darum so genannt waren, weil sie ohne Zweifel ihren Ursprung und ihren Namen aus Polen hatten 95). Als alte fürstliche Hoheitsrechte, wie man sie auch in Schlesien und Polen findet, heißen sie zur Zeit der Pommerischen

---

93) In Verschreibungen von Dieterich von Altenburg vom J. 1337 und 1338 wird es Jus Pomeranense genannt, in einer Urkunde von Lutherus von Braunschweig vom J. 1333 Jus Slavicum. Verleihungen auf Polnisches Recht finden wir noch im J. 1343 und 1365.

94) So verleiht z. B. der Komthur von Danzig einem Starosten 18 Haken Landes zu einem Dorfe, wovon dieser erblich einen Freihaken erhält „in Polnischem Rechte und Gerichte." Daß hiebei besonders an die Gerichtsgefälle zu denken sey, zeigt der Zusatz: glichwol wir sie lossen und geben czu Polnischem gerichte czu richten, das gerichte wir unsir herschaft alleine behalden. Der Orden behielt sich also, wie häufig auch in Preußen über Polen und Wenden, die Gerichtsentscheidungen selbst vor.

95) Ueber dieses Jus Polonicum vgl. die treffliche Erläuterung in Stenzel und Tzschoppe Urkunden-Sammlung p. 9. seq. Statt jus Polonicum kommt auch vor solutio Polonica in einer Urk. Mistwins vom J. 1284.

Herzoge häufig auch „herzogliche Rechte". 96). Unter ihren besonderen Benennungen kommen unter der Ordensherrschaft hie und da noch vor: 1. Povoz oder Powoz, das Fuhrwerk die Fuhre, nämlich die zu leistenden Frohnfuhren für Personen, Holz, Heu u. dgl., häufig auch Vorspann im Kriege; 2. Prewod, Führung oder Durchführung oder die Unterthanenpflicht, Wegweiser zu stellen und Dienstfuhren zur Fortbringung der Soldaten; als Dienstfuhre im Kriegswesen und als Geleitsfuhre kommt es mehrmals in Dorfverschreibungen bei Danzig vor: 3. Strosa oder Stroza, das Nachtwachen der Bauern auf den Adelshöfen, ferner auch als Abgabe zur Unterhaltung der Burgwachen oder Wachgeld, also ziemlich dasselbe, was in Preußen das Wartgeld; 4. Podwoda, Frohn-Vorspann, Frohn-Fuhre, Spanndienste in außerordentlichen Fällen für Gesandtschaften und Boten; 5. Stan, Ruheort, Standort, Station oder die Verpflichtung der Unterthanen, für Nachtquartier und Unterhalt des Fürsten und seines Gefolges auf Reisen zu sorgen; 6. Poradlne, eine Pflugsteuer, Grundsteuer; 97) 7. Erhielten die Fürsten in Pommern außerdem noch Ochsen, Kühe, Schweine und Schafe in bestimmter Anzahl von jedem Gute 98) und auch diese Abgabe dauerte noch fort in den ersten Zeiten der Or-

---

96) Jura nostra ducalia nennen die Herzoge von Pommern sie in ihren Urkunden. Mistwin von Pommern in einer Urkunde vom J. 1294 begreift sie unter omnia iura ducatus nostri und erklärt dieses durch angariae et perangariae, exactiones et servitia.

97) Die unter den obigen Namen aufgeführten Dienste und Leistungen kommen zur Zeit der Ordensherrschaft in Pommern noch am meisten vor; in der Erklärung ihrer Benennungen bin ich der erwähnten Abhandlung in Stenzel und Tzschoppe Urkunden-Sammlung gefolgt.

98) Dies ist die in latein: Urkunden so oft vorkommende solutio vaccae et porci vgl. Dreger Cod diplom. Pommeran p. 498.

densherrschaft. Alle diese und mehre andere Leistungen 99) bestanden nun auch noch im vierzehnten Jahrhundert unter der allgemeinen Bezeichnung Polnisches oder Slavisches Recht.

Als mit der Freiheit des Deutschen Rechts und mit dem ganzen Character der Ordensverwaltung unvereinbar wurden nun aber diese Polnischen Dienste und Leistungen im Verlaufe des vierzehnten Jahrhunderts meistentheils abgelöst, d. h. in der Regel in eine bestimmte Geldabgabe umgewandelt 100). Der Orden verfuhr hiebei nur Schritt vor Schritt.

---

99) Am vollständigsten findet man sie in einer Urkunde des Herzogs Mistwin vom J. 1285, worin er ein Dorf frei spricht, ab omnibus exactionibus et solucionibus, que sic vulgariter nuncupantur Naraz, Povoz, Prevotl, stroza, Poduoda, Poduorove, Parodlne, Bove et vacca, Opole, Edificatio castri vel aliarum municionum, Mostne, Targove, Stanownic, vel Strozevi, ab urna mellis, a solucione frumenti, falconem nec custodiant nec solvant, tentorium ducis non ducant nec farinam, a caniductoribus et canibus et ab equis.

100) Wenn daher von abgelöstem Polnischen Rechte die Rede ist, so sind darunter die früheren Polnischen Leistungen und Dienste zu verstehen. Es heißt z. B. ein Besitzer solle geben vom Gute eine Mark Pfennige „vor das Polensche recht, das wir hatten uf demselben gute; oder: Ouch wolle wir sie usnemen von allen Polenischen rechten, die wir in demselben gute haben, davor sie uns geben sullen 11 marc pfenige:. Der Ausdruck Polnisches Recht wechselt dann ab mit den Benennungen „gebürlicher Polnischer Zins oder Polnische Dienste." Es heißt z. B. Ouch sal man wissen, das man pflag zu geben von desem gute küe und swyn und andir Polensche Dynste, des sal derselbe und syne erben und nahkomelinge vry syn ewiclich und unvorworren; davon sal uns gefallen alle jar uf Martini neun Jar eine mark pf., (oder 111 mark pf. vor kü und vor swyn und vor gebüerliche erbeit und vor Polnisch recht, das uff demselben gute han gehat wir und unsir brüder. A iure Polonico sint exempti, welches hie und da vorkommt, heißt daher: sie seyen von Polnischer Dienstleistung frei. Dasselbe bedeutet es, wenn Besitzungen genannt

Man findet mitunter Besitzer, die einen Theil ihrer Güter noch zu Polnischem und einen andern zu Kulmischem Rechte besaßen. Neuverliehene Güter wurden frei von jenen Verpflichtungen erklärt, meist auf Magdeburgisches oder auf Deutsches oder Kulmisches Recht ausgegeben 101) und es hörte somit dieses s. g. Polnische Recht nach und nach gänzlich auf, denn nur in seltenen Fällen behielt sich der Orden noch eine oder die andere Leistung eine Zeitlang vor 102). Am längsten wurde die erwähnte Ablieferung von Vieh noch aufrecht erhalten, denn ihre Ablösung kommt in der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts noch am häufigsten vor 103).

Endlich begegnet uns auch noch im vierzehnten Jahrhundert ein besonderes Polnisches Ritterrecht 104). Seinen Ursprung in Preußen hatte es schon früh zur Zeit des Landmeisters Herrmann Balk erhalten. Damals hatten sich Polnische Ritter vorzüglich im Kulmerland, Pomesanien und in einigen Gegenden Pogesaniens niedergelassen und es galt

---

werden bona iure Pomeranensi libera oder mansi iure Pomeranensi libere perpetuo et hereditarie possidendi.

101) So hatten z. B. die Einsassen des Dorfes Uczk im Gebiete des Komthurs von Althaus ihr Land bis zum J. 1359 zu Polnischem Rechte; seitdem aber erhielten sie es zu Kulmischem.

102) Es heißt z. B. in einer Dorfverschreibung vom J. 1365: Ouch sal man uns von iclicher czinshaften hube thun eine fure, dy do heiset Probot, wo wirs bedorfen. Von einem Vertrage des Hochmeisters Paul von Rußdorf, wodurch die Polnischen Rechte abgeschaft seyn sollen, wie im Jus Culmense Danz. 1767 p. 11 gesagt wird, ist nichts zu finden.

103) Für die Ablösungssumme im Ganzen kommt der Ausdruck »Bäuerlicher Polnischer Zins« vor; als specielle Benennungen oft auch Kuhpfennig und Schweinepfennig.

104) Jus Polonicum militare, wie es in Urkunden genannt ist.

also das Polnische Ritterrecht nach dem Inhalte, wie er anderwärts schon bezeichnet ist 105), auch nur in diesen Landschaften Preußens. Da indessen der Orden auch in Pommern ritterliche Gutsbesitzer fand, deren Verhältnisse zur Landesherrschaft auf gleiche Weise und nach denselben rechtlichen Grundsätzen zu bestimmen waren, so fand jenes Ritterrecht auch in diesem Lande Gültigkeit, wo es vielleicht auch schon früher bestanden hatte. Die ritterlichen Besitzer waren natürlich stets von Polnischen Diensten frei oder wurden vom Orden für frei erklärt und standen unter dessen besonderer Gerichtsbarkeit. Vorzüglich aber war es in der Regel die früher festgestellte Bestimmung über die Erbfolge ihrer Güter, welche bei Verleihungen auf Polnisches Ritterrecht in Pommern in Anwendung gebracht wurde 106). Ihren Kriegsdienst leisteten solche Ritter meist wie Kulmische Besitzer.

§. 5.

Das Lübeckische Recht.

Wenn vom Kulmischen Rechte zugleich als von einem Stadt- und Landrechte, vom Freilehensrechte dagegen und vom Polnischen Rechte ausschließlich nur als von Landrech-

---

105) Darüber vergl. Voigt Pr. Gesch. B. II. S. 298—300.

106) Es heißt z. B. in einer solchen Verschreibung des Komthurs von Danzig vom J. 1354: Contulimus et donamus predicto Johanni Wernikonis hereditatem dictam Tuchlin necnon suis heredibus et successoribus cum Jure et sub Jure militari perpetue et iugiter possidere, sicut alii nostri milites ac fideles terre Pomeranie hucusque hic dantes vaccam, porcum ac falcationem feni habuerunt, sic dictus J. W. cum suis heredibus ac successoribus prefatam hereditatem cum iure supranominato possideat. Im J. 1361 verleiht der Komthur von Danzig dem Ritter Jeschke von Retmanowitz ein Dorf zu Deutschem Rechte, wobei es heißt: Dorinne sullen sy czu richten haben uf eyne mark

ten gesprochen ist, so kann jetzt vom Lübeckischen Rechte nur als von einem Stadtrechte die Rede seyn. Es gab keine Stadt in Preußen, die nicht entweder Kulmisches oder Lübeckisches Stadtrecht hatte 107). Wie aber in andern Ländern, so war es auch in Preußen Gebrauch, „daß jüngere Städte entweder bei ihrer Gründung oder auch später das Recht älterer Städte erhielten. Man nahm ältere, also länger eingerichtete Städte mit ihren ausgebildeteren Verfassungen für die jüngern Städte zu Muster und ordnete mit dieser allgemeinen Bestimmung sogleich viele einzelne Verhältnisse, jedoch ohne es dabei auf eine vollständige Uebertragung der gesammten Verfassung einer Stadt auf eine andere abzusehen; man änderte vielmehr nach Gutdünken ab und ergänzte das Nothwendige und Fehlende, was für die besondern Verhältnisse der jüngern Stadt zweckdienlich war. Es fand aber bei der Bewidmung neuer Städte mit dem Rechte älterer der wichtige Unterschied statt, daß entweder eine Stadt die Rechte einer andern in dem Sinne erhielt, daß die innern Verhältnisse der Bürger gegen einander oder zum Landesherrn oder mit einem Worte, daß die Verfassung in beiden Städten gleich seyn sollte, oder die Bewidmung geschah auch so, daß eine jüngere Stadt die Rechtssätze erhielt, nach welchen in den Gerichten einer andern gesprochen zu werden pflegte, um nun ebenfalls darnach zu sprechen 108)."

---

prüsch und nicht höer; doby is gered, das der egen: Jeschke abir by synen elichin nachkomelinge czu Polenschen ritterrechtee also verrn sullen siczczen; vor dese gobe und vor allen Polenschen czins, den wir in dem gute hatten, sullen sy uns jerlich antwerten czwu mark prüsch czu eynem namen eynes rechten eborgen (ehrbaren) czinses.

107) Es ist streng genommen nicht ganz richtig, wenn man sagt: »die Preußischen Städte lebten meist nach Magdeburger Recht; s. Raumer Hohenstauf. B. V. S. 291.

108) Was in obigen Worten in Stenzel und Tzschoppe Ur-

Bestätigt fanden wir dieses schon bei der Kulmischen Handfeste, in welche wir die Magdeburgischen Rechtssatzungen in Beziehung auf Jurisdictionsverhältnisse übertragen sahen. Denselbigen Unterschied aber in Uebertragung der Rechtssätze und der Verfassung einer ältern Stadt auf eine jüngere bemerken wir auch bei der Bewidmung mehrer Preußischer Städte mit Lübeckischem Rechte. Bekanntlich galt dieses Stadtrecht im Mittelalter als eins der vollkommensten und vollständigsten, wovon die Uebertragung desselben auf eine sehr bedeutende Zahl von Städten längs der ganzen Ostseeküste ein hinlänglicher Beweis ist 109). Auch fünf zum Ordens-Staate gehörigen Städte, nämlich Elbing, Frauenburg, Braunsberg, Memel und Hela 110) wurden mit diesem Rechte bewidmet, doch keineswegs auf gleiche Weise. Zuerst waren es die meist aus Lübeck herstammenden Bürger von Elbing, die bei der Gründung ihrer Stadt aus dem Lübeckischen Rechte, weil es gerade für eine Handelsstadt in jeder Beziehung das geeignetste und ihnen zugleich das bekannteste war 111), manches ihrer städtischen Verfassung zum Grunde legten. Keineswegs aber wurde das gesammte Lübeckische Recht auf Elbing übertragen, denn theils wird ausdrücklich

---

kunden-Samml. p. 109. 110. in Beziehung auf die Schlesischen Städte gesagt ist, findet auch auf die Städte Preußens eine so nahe liegende Anwendung, daß wir geglaubt haben, die obigen richtigen Bemerkungen mit des Verfassers eigenen Worten geben zu müssen.

109) Nach Hüllmann Städtewesen des M. A. B. I. S. 155. sollen neunzig Städte (?) an der Ostsee das Lübeckische Stadtrecht angenommen haben. B. III. S. 83. 84. Vgl. Raumer Hohenstaufen B. V. S. 289.

110) Nach dem Ius Culmense Danz. 1767 p. 10 hatte seit 1260 auch Dirschau Lübeckisches Recht; aber es fehlen nähere Nachrichten.

111) Voigt Gesch. Preuß. B. II. S. 291.

erwähnt, daß man alles davon ausgeschieden habe, was etwa gegen Gott, den Orden, die Stadt und das Land seyn mochte, d. h. was sich mit den eigenthümlichen Verhältnissen des Ordens zu seinen Bürgern und den besondern Verhältnissen der Stadt und des Landes nicht füglich vereinigen ließ, und daß man dagegen nach Rath mehrer Ordensritter und anderer weiser Männer durch Abfassung neuer Rechtssätze das noch ergänzt habe, was dem Nutzen des Ordens und dem Gedeihen des Landes und der Stadt mehr zu entsprechen schien 112), theils finden wir auch, daß wenn vom Lübeckischen Rechte in Elbing die Rede ist, es immer vorzüglich seine Beziehung auf das Gerichtswesen der Stadt hat. Ursprünglich hatte man den Bürgern keine Berufung an die Mutterstadt Lübeck in Gerichtsfällen zugestanden, um dort in zweifelhaften und streitigen Punkten Entscheidung und Urtheil zu suchen. Die Anordnung von vier Gerichtsbänken, bei welchen in jeglicher Gerichtssache nach Rath der Ordensritter Recht gesprochen werden sollte, hatte die Berufung an den Schöffenstuhl in Lübeck entbehrlich machen sollen 113), und beinahe hundert Jahre scheint diese Einrichtung auch Gnüge geleistet zu haben. Mittlerweile indeß waren in den Rechtsverhältnissen der Stadt mancherlei Veränderungen erfolgt. Schon im Jahre 1288 hatte der Hochmeister Burchard von Schwenden ihr nicht nur die niedere Gerichtsbarkeit im ganzen Umfange der städtischen Freiheit nach Lübeckischem Rechte, sondern auch die jährliche Wahl eines besondern Stadtrichters zugestanden nebst einem Antheil an den

---

112) S. das Privilegium von Elbing in Crichton Urkunden und Beiträgen zur Preuß. Geschichte S. 14; vgl. Voigt a. a. O. B. II. S. 570.

113) Voigt B. II. S. 570.

Gerichtsgefällen 114). Der Hochmeister Werner von Orseln hatte ferner im Jahre 1326 das Lübeckische Recht auch auf die damals neuangelegten Stadttheile übertragen 115) und seit dem Jahre 1339 war der Stadt vom Hochmeister Dietrich von Altenburg nicht nur auch die hohe Gerichtsbarkeit, sondern, was sonst so selten geschah, selbst die Straßengerichte nach Lübeckischem Rechte ertheilt worden 116). Die Folge dieser bedeutenden Erweiterung der Gerichtspflege nach Lübeckischem Rechte war, daß selbst bei den von Zeit zu Zeit mit Rath und Einstimmung der Ordensritter hinzugefügten neuen Willkühren, die früher aus dem Lübeckischen Rechte aufgenommenen Rechtssätze nicht mehr zureichten, um in allen Fällen Entscheidung zu finden und es mußte sich daher nicht selten ereignen, daß in Elbing nach dem dortigen Rechte kein Urtheil gesprochen werden konnte 117). Die Stadt er-

114) Voigt B. IV. S. 23. In der erwähnten Urkunde heißt es: denselben Bürgeren und der stat mit rate unser brüder wir genade han getan und sie begabet an disen dingen, daz wir in und iren nachkumelingen ewiclichen verlihen und gegeben han daz gerichte binnen der stat vriheit uf wazzer und uf lande zu richten nach Lübischem rechte alle di minneren gerichte in sulcher wise und gewonheit als man richtet in der stat.

115) Voigt IV. S. 410. B. V. S. 44.

116) Voigt B. IV. S. 578; es heißt in der Urkunde: Wir lyhen und geben unsirn liebin und getrüwen Bürghern der stat zu dem Elbinge durch yre biderbekeit und manchirhande dyenste uns und unsirme Ordene dicke getan und angeleit und auch vort tun sullin desto willeclichir, di gerichte groz und cleyne uzwendik der stat uf strazin wegin stigen, brücken stegin uf wasserin und vlizen so verre der vorbenanten stat vriheit wendit di lenge und die breite in iren bewiseten grenitzen, darzu uf der brücken di da geet obir daz wazzer elbing genant, ewiclichen zu lübischen gerichte zu behaldene, doch mit sulcher undirscheit, waz von den benanten gerichten gevellit, di helfte unsirme huyse, das andir teil zu der stat nutcze gevalle.

117) Wie bei Voigt B. IV. S. 23. Anmerk. 1 erwähnt ist,

erhielt deshalb im Jahre 1343 das Recht der Berufung in Gerichtssachen an den Schöffenstuhl in Lübeck, wo nun ebenso, wie von Kulm in Magdeburg, von Elbing in zweifelhaften Fällen Recht gesucht werden konnte 118). Dasselbige Recht ward nachher auch der Neustadt Elbing bei ihrer Gründung zuertheilt 119). So war also Elbing in diesem seinen Gerichtswesen durch das Einwirken und Eingreifen des Ordens doch lange Zeit manchen Beschränkungen unterworfen gewesen. Dennoch aber und obgleich es auch in seiner Kriegspflichtigkeit nicht bloß für die Vertheidigung seiner Mauern, sondern des ganzen Landes immer eine schwere Last zu tragen hatte 120), so gestattete das Lübeckische Recht seinen Bürgern doch noch hinlängliche Freiheit zu rühriger Beweglichkeit im Handelsleben, zumal da es mit Ausnahme der Höfsteuer Freiheit von allen Zöllen und Abgaben genoß 121).

Memel hatte ursprünglich, weil wahrscheinlich Deutsche aus der Gegend von Dortmund den größten Theil seiner ersten Bewohner bildeten, Dortmundisches Recht erhalten sollen. Wie aber der für die Stadt Anfangs beabsichtigte Name Neu-Dortmund nicht geltend wurde, so gab man auch

---

war man in Streitigkeiten zwischen dem Orden und der Stadt Elbing schon im Jahr 1300 um Rechtsentscheidung nach Lübeck gegangen.

118) Voigt B. V. S. 15. 44.

119) Die Verleihung geschah vom Hochmeister Heinrich Dusmer v. Arfberg; die darüber ausgestellte Urkunde ist dat. Elbing am Sonnt. Reminiscere 1347 im geh. Archiv Fol. Privileg. des Stifts Samland p. 229.

120) Auch darin wich die Stadtverfassung Elbings vom Lübeckischen Rechte ab; s. Raumer a. a. O.

121) Voigt B. II. S. 570.

schon in den ersten Jahren ihres Daseyns die Bewidmung der Stadt mit Dortmundischem Rechte auf und verlieh ihr schon im Jahre 1254 Lübeckisches Recht 122). Der damalige Landmeister von Livland nämlich, zu dessen Verwaltungsbezirk das Gebiet von Memel damals noch gehörte, wandte sich in dem genannten Jahre an den Rath von Lübeck mit der Bitte, ihm eine Abschrift des Lübeckischen Rechts anfertigen zu lassen, um die Stadt Memel mit diesem Rechte zu bewidmen. Die Bitte des Meisters wurde erfüllt; der Rath Lübecks übersandte, wie es scheint, das gesammte Lübeckische Recht, wie es von Heinrich dem Löwen ertheilt und vom Kaiser Friederich II. bestätigt worden war. Memel erhielt somit also den damaligen gesammten Inhalt dieses Rechts 123). Allein in diesem gesammten Umfange kam

122) Voigt Gesch. Preußens B. III. S. 73. 74. Das J. 1254 (welches in der angeführten Stelle in Zweifel gezogen wurde) ist allerdings das richtige, wie schon Hartknoch Dissert. XVII p. 342 annimmt und die in nachfolgender Anmerkung erst kürzlich neu aufgefundene Urkunde ganz deutlich ausweiset.

123) Im Fol. Päpstl. Privilegien im geheimen Archiv befindet sich eine Abschrift des Lübeckischen Rechts, deren Anfang die Worte enthält: Anno dominice incarnationis M. CC. quinquagesimo quarto conscribi fecerunt consules Civitatis Lubicensis ad instanciam et petitionem specialium amicorum suorum discretorum virorum Magistri et fratrum domus theutonice de lyvonia iura Civitati Lubicensi ab illustri fundatore dicte civitatis clare memorie Domino Hinrico duci Swevie Bawarie Saxonie et Angarie et Nordalbingie indulta stabilia et privilegiata ac postmodum a gloriosissimo domino romanorum Imperatore Frederico primo confirmata et ipsius privilegio roborata et deinde a regibus principibus et dominis approbata et stabilita, demum autem a serenissimo domino Frederico romanorum imperatore secundo sigillo aureo privilegiata atque perhenniter civitati Lubicensi confirmata perpetuis temporibus duratura. Igitur iura in hoc libello consribenda ob honorem et dilectionem predictorum magistri videlicet fratrum

es eben so wenig, als in Elbing, unverändert in Anwendung; vielmehr mußten auch hier einzelne Rechtsartikel nach den besondern Verhältnissen der Bewohner Memels zur Herrschaft des Landes und den eigenthümlichen Bedürfnissen der Stadt umgestaltet und modificirt werden. Während daher z. B. alle oder doch die meisten Rechtsbestimmungen des Erbrechts unverändert blieben, unterlagen die über die Kriegspflichtigkeit der Bürger, über das städtische Gerichtswesen, über Magistratswahl u. s. w. einer merklichen Umgestaltung, denn die Bestimmung des Lübeckischen Rechts über die Kriegspflicht des Bürgers ließ sich auf die Verhältnisse Memels schwerlich anwenden 124). Diese Veränderungen und Ergänzungen im Lübeckischen Rechte wurden in einer Reihe von Zusätzen dem Ganzen angeschlossen und in dieser für Memel gültigen Form des Lübeckischen Rechts hat sich eine Ueberlieferung desselben bis auf unsere Zeit erhalten. Aber natürlich ist hier nur von dem Lübeckischem Rechte die Rede, wie es in der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts bestand 125). Seine spätere Vervollständigung in Lübeck selbst

domus theutonice dilecte nobis Civitati in Memelenborg sicut nobis collata sunt inhabitatoribus dicte civitatis perhenniter tenenda conferimus, omnibus hec iura servare volentibus pax sit et gaudium in domino nostro ihsu xpo cui est honor et gloria in secula seculorum Amen. — Uebrigens scheint auch Hartknoch A. und N. Preuß. S. 562 etwas von dieser Rechtsmittheilung gewußt zu haben, ohne ihrer jedoch näher zu erwähnen; Hartknoch Dissert. XVII. p. 342.

124) Während es also in dem Artikel des Lübeckischen Rechts de expeditionibus hieß: Nullus civis de Lubek de iure tenetur ire in expeditionem, sed ad municionem suam stabunt et civitatem defensabunt, wurde dieser Artikel für Memel so gestellt: Quilibet civium tenebitur ad defensionem patrie pro modulo suo contra cuiuslibet impugnationis incursum.

125) Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte B. II. S. 170. In dieser ältern Gestalt befindet es sich auch in dem Fol.

ging höchst wahrscheinlich nicht auf Memel über, denn es fand keine Berufung in Gerichtsfällen aus Memel an den Schöffenstuhl in Lübeck statt, durch welche etwa neue Rechtsergänzungen des in Memel geltenden Rechts hätten veranlaßt werden können; vielmehr war ausdrücklich bestimmt, daß in Fällen, wo das Recht von dem städtischen Gericht in Memel selbst nicht gefunden werden könne, die Entscheidung durch die Landesherrschaft von rechtskundigen Männern erfolgen solle 126). Ueberdieß hatte nicht nur der Rath der Stadt selbst das Recht, in seinem städtischen Rechte Verbesserungen und Veränderungen vorzunehmen, welche der Gerichtsvogt und das städtische Gericht aufnehmen mußte, sondern auch dem Bischofe von Kurland und dem Landmeister war die Befugniß vorbehalten, alles was in dem Rechte „gegen Gott und das Land" sey, verbessern zu können 127).

Päpstl. Privilegien im geh. Archiv. Nach Hartknoch l. c. soll es sich in dieser Abschrift auch bei Joh. Sibrand Urbis Lubecensis Jus Publicum p. 107 befinden. (Nur d. Memel.)

126. Es heißt in einem Zusatze zum Lübeckischen Recht in Memel ausdrücklich: Consules civitatis nullum iudicium habebunt, sed quidquid questionis oritur, coram communi iudice debet terminari. Curones et inpheodati ab episcopo et fratribus non trahentur pro aliqua causa ad iudicium civitatis nisi pro hiis, que in operto fecerunt infra municionem civitatis. Nulla sententia rectaviata ulterius quam ad dominos terre, si inveniri non potest, deferetur, qui ipsam scilicet sententiam de eorum consilio, quibus ius noscitur fore notum et sententiam quam inveniunt debet tenere.

127) Darüber heißt es in einem Zusatze: Insuper quidquid emendatione in iure Lubicensi consulibus est asscriptum, hoc totum advocatus et iudicium sublevabit; und in einem andern: Preter hec autem si quid in iure hoc inveniretur contra deum existens et contra terram domus theutonice potest dominus episcopus et magister cum fratrum et virorum honestorum consilio emendare.

Dieses Rechts scheint sich auch nachmals der Hochmeister Winrich von Kniprode bedient zu haben, denn als die Verleihungsurkunde, nach welcher Memel das Lübeckische Recht erhalten, in einem Brande ihren Untergang gefunden hatte und er auf Bitten der Bürger ihre Handfeste im J. 1365 erneuerte, verlieh er ihnen und ihren Erben und Nachkommen nicht nur überhaupt das Lübeckische Recht auch fernerhin, sondern er fügte auch noch den Zusatz hinzu: „ob da jemand den andern zu todt schlüge oder wundete, das Gott nicht gebe, und auf unser Haus flüchtig würde und dahin unverbürget käme, daß der Friede soll haben, dieweil er auf unserem Hause ist." Diese Bestimmung muß also das in Memel geltende Recht nicht enthalten haben, weil der Hochmeister nöthig fand, sie ausdrücklich auszusprechen. Es geht aber zugleich aus dieser neuen Verleihung Winrichs von Kniprode auch hervor, daß Memel sein Lübeckisches Recht weit länger behielt, als man früherhin annahm, denn erst nach seiner Zeit kann dort das Kulmische Recht an die Stelle des Lübeckischen getreten sein 128). Sonach scheint also Memel das Lübeckische Recht in gleicher Ausdehnung und gleichem Umfange, aber auch mit denselbigen oder doch ähnlichen Beschränkungen wie die Ordensstadt Elbing gehabt zu haben, was um so wahrscheinlicher wird, weil der Orden überhaupt gewohnt war, in seinen Staatsinstitutionen so viel möglich immer nach conformen Regeln zu verfahren.

Was die beiden bischöflichen Städte Braunsberg und Frauenburg anlangt, so war auch ihnen das ganze Lübeckische Recht zuertheilt; ihre Privilegien lauteten ausdrücklich

128) Hartknoch l. c. sagt freilich selbst zweifelhaft: Memela vero cum an. 1328 Fratribus Ordinis Teutonici in Prussia degentibus esset tradita, fortasse statim Jus Magdeburgense et Flammingicale recepit. Nihil tamen hic determino; s. A. und N. Preuß. p. 562.

auf Verleihung des gesammten Lübeckischen Rechts 129) und als die wesentlichsten Vorzüge desselben waren ihnen namentlich freies Veräußerungsrecht des wirklichen Besitzthums 130), freie Marktgerechtigkeit 131) und freie eigene Magistratswahl 132) zugesprochen. So genossen also diese

---

129) Es heißt im Privilegium von Braunsberg ausdrücklich: Deinde ut omnia breviter concludantur, sepedictis civibus et civitati omne Ius Lubicense ex toto et integraliter conferimus et donamus, cum omnibus (wie in dem von Frauenburg hinzugefügt wird) suis condicionibus bonis, licitis et honestis tam in terra quam in aqua, nisi forte cives aliud communiter peterent aut eligerent libera voluntate.

130) Wie es im Privilegium von Frauenburg heißt: ut suas hereditates, domus, curias, ortos, agros et ea, que ex civitate coluntur, possint vendere, commutare, dono donare, recipere, resignare coram Consulibus civitatis, prout exigit Ius Lubicense; illis tamen allodiis et agris exceptis, qui extra civitatem in libertatibus civitatis coluntur, ut illos non debeant resignare sine nostra requisitione vel illius, quem ad huiusmodi negocia ex parte nostra volumus destinare; in dem von Braunsberg wird als Erklärung des omne Ius Lubicense hinzugesetzt: ut suas hereditates, que non fuerint feodales, possint vendere, emere, commutare, donare, resignare, recipere, nobis irrequisitis, coram Iudice et Iudicio hereditario Civitatis etc.

131) Darüber sagen beide: ut forum liberum habeant die, qua nobis, ipsis, civitati et territorio videbitur expedire.

132) Im Privilegium von Braunsberg: ut scultetum, scabinos Consules, Seniores nobis irrequisitis possint eligere, statuere, destituere, prout ipsis sue Civitati videbitur expedire; in dem von Frauenburg heißt es darüber: volumus eciam, ut consules, seniores, Magistrosve consulum annis singulis statuere, destituere aut aliquas constitutiones edere non debeant sine nostro consilio et consensu. Hier wichen also beide von einander ab. In einem Zusatze zum Lübeckischen Recht für Memel heißt es darüber: Omni anno debent eligi consules, ita tamen ut duo semper de prioribus maneant in novorum substitutione, et quicunque electus in consulem recusaverit, marcam componat civitati.

beiden bischöflichen Städte unter der bischöflichen Herrschaft ihr Lübeckisches Stadtrecht in ungleich weiterer Ausdehnung und freierer Beweglichkeit, namentlich auch im Gerichtswesen, denn sie hatten alle Freiheiten dieses Rechts, ohne die Beschränkungen, welche der Orden über das in Elbing und Memel geltende Lübeckische Recht verfügt hatte.

Endlich auch hatte die Stadt Hela auf der Landzunge am Putziger Wyck in ihrer vom Hochmeister Winrich von Kniprode im Jahre 1378 ausgestellten Handfeste Lübeckisches Recht erhalten, jedoch keineswegs in der Ausdehnung, wie Braunsberg und Frauenburg, und selbst nicht einmal wie Elbing und Memel, denn weiter als auf die Gerichtsverhältnisse der Stadt und auf freie Marktgerechtigkeit scheint die Bewidmung Helas mit Lübeckischem Rechte keinen Einfluß gehabt zu haben. In der Gerichtsberufung war die Stadt übrigens an den Schöffenstuhl in Elbing gewiesen und mußte somit alle ihre gestraften Urtheile von den Elbinger Schöffen holen. Das Straßengericht hatte sich hier der Orden selbst vorbehalten 133). Ueberhaupt aber war in der eigenen örtlichen Lage dieser Stadt der Grund zu manchen Eigenthümlichkeiten auch in ihrer städtischen Verfassung gegeben, die mit dem Lübeckischen Rechte in keiner weitern Verbindung stehen.

---

133) Der Hochmeister sagt im Privilegium überhaupt nur: Wir — mit willen und mit rate unser metegebietiger geben und vorlien unsern getruwen burgern und Inwonern unser stadt zcu Heile eren rechten erben und nachkommen lübisch Recht und gerichte, also was of dem lande of erer freyheit von gerichte erer Inwoner vorbusset wirt das des czwiteil uns und unserm Huse, das dritte teyl dem voytbe Hermanno Ruter nach sinem tode den vorgenannten burgern sal gehoren und gevallen, usgenommen straffengerichte, die wir aber unser bruder wellen selber richten, Ir gestroften urteil sullen sie zum Elbinge und nicht vorder holen.

III.

Beiträge zu der Exegese des Allgemeinen Land = Rechts.

von dem

Herrn Tribunalsrathe und Prof. Dr. **Schweikart.**

zu Königsberg.

Erster Beitrag.

Die Condictio indebiti; insbesondere die Auslegung von Th. 1, Tit. 16 des A. L. R. §§. 180, 185, 186, 187 und 188, auch 176 und 184 betreffend.

Es ist geäußert worden 1) der §. 185 Th. 1. Tit. 16 des A. L. R's

„Wer wissentlich fremde Schulden bezahlt, kann unter dem Vorwande, daß er dazu nicht verbunden gewesen, das Gezahlte nicht zurück fordern"

sey aus einer bloßen Unachtsamkeit bei der Final=Redaction stehen geblieben und befinde sich mit dem §. 180 Ebendas.

„Erhielt der Empfänger durch die Zahlung nur das was ihm wirklich zukam: so ist er zur Rückgabe nicht verpflichtet; wenn gleich nicht der Zahlende, sondern ein Anderer ihm die Zahlung hätte leisten sollen,"

---

1) Bielitz Commentar zum A. L. R., B. 3. S. 508. und Duesberg in Simon und v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftl. Bearb. des preuß. Rechts B. 1. S. 290 fg.

in einem unauflöslichen Widerspruche; nach diesem §. könne derjenige, welcher aus Irrthum eine fremde, an sich richtige Schuld bezahlt habe, das Gezahlte nicht condiciren, während im §. 185 dadurch, daß blos der, welcher wissentlich eine fremde Schuld gezahlt hat, von der Condiction besonders ausgeschlossen worden, implicite der Satz sanctionirt sey, daß bei der Zahlung einer fremden Schuld aus Irrthum die Condiction zuläßig sey.

Da ich jedoch glaube, daß diese §. §. unter sich übereinstimmen, daß nämlich im §. 180 nicht bei jeder aus Irrthum geschehenen Zahlung der fremden, an sich richtigen Schuld die Condiction ausgeschlossen sei und daß das Wort wissentlich im §. 185, etwas ganz anderes bedeute, als man anzunehmen scheint, so will ich für den §. 185, welchen ich ungern missen mögte, eine Schutzschrift unternehmen, und die Zergliederung der Condictio indebiti, welche sich im Corpus Juris civilis befindet, benutzen, um das entstandene Mißverhältniß aufzuklären.

Ist dies aber auch zuläßig, da das Allg. L. R. in dieser Materie von den Ansichten der Römer abweicht?

Es ist bekannt, daß die Verfasser des neuen Gesetzbuchs den, ohnehin bestrittenen Satz des römischen Rechts, daß die condictio indebiti nicht angestellt werden könne, wenn die Zahlung aus einem bloßen Rechtsirrthum geschehen sey 2), — nicht aufnehmen zu dürfen geglaubt haben 3), weil 1., derselbe auf einer Fiction beruhe, nämlich daß der Zahlende in einem solchen Falle in poenam pro sciente zu

2) c. 10 C. de juris et facti ignor. (1. 18) fr. 9 §. 5. D. eod (22. 6) c. 6. 7. C. de condict. indebit (4. 5.) c. 9. C. ad L. Falcid (6. 49.)

3) Simon u. v. Stramff a. a. O. S. 277. fg. v. Kamptz Jahrbücher rc. B. 41. S. 53. fg.

achten sey 4); II., weil sich ein Widerspruch ergebe, indem ein gezahltes naturale debitum (und ein solches sey just dasjenige, wo die natürliche Verbindlichkeit durch eine Disposition des positiven Rechts aufgehoben werde;) nicht condicirt werden könne und dieses doch in den meisten Fällen ex ignorantia juris gezahlt werde 5); auch der filiusfam. das zurückgezahlte Darlehn nicht condiciren könne, wenn er auch die Zahlung blos aus Unwissenheit des ihm zu statten kommenden SCti Maced. geleistet hatte 6); III., weil es unbillig sey, daß sich der Empfänger mit dem Schaden des andern bereichere 7); endlich IV., weil es auch viele Rechtslehrer gebe,

---

4) Es heißt zwar allerdings fr. 9 §. 5. D. de j. et f. ignor. (22. 6) „sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus," allein damit sollte nicht gesagt werden, man fingire, die welche das Recht ignoriren, seyen scientes, nicht errantes, sondern die Vorschützung des Irrthums komme nur denen zu, welche sich auf verzeihliche Art, und nicht wie stulti geirrt hatten, ohngefähr wie in dem Edict quod metus caussa gestum erit, bei dem Ausdrucke metus nicht an den metus vani hominis gedacht war, wessen ohngeachtet man nicht sagen kann, daß in poenam des allzu Furchtsamen fingirt worden sey, er habe sich nicht gefürchtet.

5) Darin liegt kein Widerspruch, vielmehr würde darin einer liegen, wenn das Gegentheil festgesetzt und wegen eines ignorantia juris gezahlten naturalis debiti die condictio zugelassen worden wäre.

6) Auch hierin liegt kein Widerspruch. Weil man Unkenntniß des Rechts nicht vorschützen soll, so kann die Unkenntniß des SCti Maced. dem Zahlenden nichts helfen. Uebrigens konnte der filiusfam., auch wenn er errore facti gezahlt haben sollte, nicht condiciren, weil die, blos zur Strafe der Gläubiger eingeführte Exceptio Maced. das Naurale debitum nicht aufhob. fr. 19 pr. fr. 40 pr. D. de condict. indeb. (12. 6) fr. 10 D. de Sct. Maced. (14. 6.)

7) Dieß ist nicht unbillig, wenn sich der Andere den Verlust schuldvollerweise zugezogen, (arg. A. L. R. Th. 1. Tit. 6. §. 21.), oder sich der Sache, die ihm fehlt, als stultus entäussert hatte

welche jenen Satz verwürfen, und noch mehrere, welche so viele Ausnahmen statuirten, daß die Regel dadurch fast ganz aufgehoben werde 8).

Aus diesem Grunde haben sie Th. 1, Tit. 16, §. 166 festgesetzt:

„doch kann das, was .... aus Irrthum bezahlt wurde .... zurückgefordert werden,"

ohne dieß auf Error facti zu beschränken. Weiter aber wollten sie in dieser Lehre von dem römischen Rechte nicht abweichen 9), weshalb ein Hinblick auf dasselbe, um die erwähnten §. §. auszulegen, nicht allein zuläßig, sondern Bedürfniß ist.

(arg. A. L. R. I. 16. §. 176.) Sonst dürfte keine Verjährung zugelassen werden und es müßte jedes Geschäft, bei welchem der eine übervortheilt worden ist, rescindirt werden können. (Dagegen A. L. R. I. 11 § 58.) Man findet auch, daß die Römer jene Billigkeitsregel nicht sowohl dazu gebraucht haben, um die Gestattung der condict. indeb. zu motiviren, als dazu um sie abzuschlagen. fr. 13 in fin. fr. 14 D. de condict. indeb (12. 6.), eben so A. L. R. I. 16. §. 1140 am E.

8) Die entgegengesetzte Meynung, nämlich daß error juris zu der Condictio genüge, war sogar Jahrhunderte hindurch gemeine Meynung, bis sie von Duarenus, Baro, Donellus, Cujacius, Robertus ꝛc. bestritten wurde; auch wurde sie in der Folge immer von Zeit zu Zeit wieder vertheidigt, auch von Mühlenbruch im Archiv für die civilistische Praxis ꝛc. B. 2. Heidelb. 1819. S. 419 fg. Allein da es sich de lege ferenda handelte, so kam es nur darauf an, welche Ansicht unseren Verhältnissen am angemessensten war. — Dagegen beweist die Anführung dieses Arguments die Geneigtheit der Redaktoren, von den noch anwendbaren, unbestrittenen Bestimmungen des römischen Rechts so wenig als möglich abzuweichen.

9) Sie haben dieses ausdrücklich erklärt (man vergl. Note 3), indessen darf nicht verschwiegen werden, daß sich, da ihr Begrif von natürlicher Verbindlichkeit, mit dem römischen nicht ganz übereinstimmte, noch andere Abweichungen finden, namentlich gehört Th. I. Til 14. §. 243 dahin.

Paulus in seinen Commentarien zum Plautius, (in welchen vornehmlich vom Erwerb und Verpflichtung durch und für dritte Personen die Rede gewesen zu sein scheint,) hatte im 14ten Buche unter andern von der Liberation eines Schuldners durch einen Dritten gehandelt und bemerkt:

cum jussu meo id quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.

Fr. 64 D. de solutionib. (49. 3)

Dieß mußte auf die Betrachtung führen, ob wohl der Zahlende, wenn er sich in der Folge überzeugt, daß er von seiner Seite nichts schuldig und daher zu der geleisteten Zahlung nicht verpflichtet gewesen sei, das Gezahlte zurück fodern könne? — Die Entscheidung konnte nicht anders ausfallen, als so: von seinem vermeintlichen Gläubiger, welchen er durch seine Zahlung von einer wirklichen Schuld liberirt hat, kann er condiciren, oder mandati judicio Entschädigung fodern 10); aber gegen den, welchem er gezahlt hat, kann er die condictio indebiti nicht anstellen, da dieser nichts anders, als was er zu fodern hatte, erhalten hat.

Darum sagt Paulus in eben dem 14ten Buche ad Plautium:

repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit: tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est

Fr. 44. D. de condictione indebiti (12. 6) [11]).

Hiervon ist unser §. 180 die Uebersetzung:

„Erhielt der Empfänger durch die Zahlung das, was ihm wirklich zukam; so ist er zur Rückgabe nicht

10) Fr. 12. fr. 13. D. de novation (46. 2.) fr. 5. §. 5. D. de doli except. (44. 4.)

11) Man vergl. auch fr. 9. §. 1 D. de condictione caussa data caussa non secuta (12. 4.), aus dem 17ten Buche ad Plautium. fr. 19. D. de novat (46. 2).

verpflichtet; wenn gleich nicht der Zahlende, sondern ein Anderer ihm die Zahlung hätte leisten sollen."

Also wenn er erhielt, was ihm wirklich zukam, so findet die Zurückforderung nicht statt. Erhielt er aber etwas, was ihm nicht zukam, so ist sie nicht ausgeschlossen. Dieß ist nicht nur dann der Fall, wenn der andere, für den gezahlt wurde, nicht schuldig war, sondern auch dann, wenn dessen Schuld zwar richtig war, aber der Zahlende in der Meynung stand, eine eigne Schuld an den Empfänger abzutragen, z. B. wenn er in der, jedoch irrigen Meinung Erbe zu sein, eine Erbschaftsschuld auszahlte. Ihm steht alsdenn die condictio indebiti aus dem einfachen Grunde zu, weil der wirkliche Schuldner, (in dem angeführten Beispiele der wahre Erbe,) durch eine Zahlung, welche nicht um ihn zu liberiren geschehen war, nicht liberirt wurde, und die Foderung des Gläubigers sonach, ohngeachtet jener Zahlung fortbestand; der Gläubiger mithin etwas anderes, als das Seine erhalten hat 12).

Wußte aber der Zahlende, daß die Schuld, welche er abtrug, nicht er, sondern ein anderer schuldete, (in dem angeführten Beispiele, daß nicht er, sondern ein anderer der Erbe sey,) so daß seine Absicht dahin ging, diesen zu liberiren, so kann er nicht condiciren.

Dieß ist es, was in dem §. 185:

„wer wissentlich fremde Schulden bezahlt, kann unter dem Vorwande, daß er dazu nicht verbunden gewesen, das Gezahlte nicht zurückfordern,"

durch das Wort wissentlich bezeichnet wird.

Wenn also jemand wissentlich eine fremde Schuld

---

12) Fr. 19. §. 1. fr. 47. fr. 65. §. 9. in fin. D. de condict. indeb. (12. 6.) c. 5 C. eod. (4. 5.) Fr. 38. §. 2 in fin. D. de solut. (46. 3.) Fr. 31 pr. D. de heredit. petit. (5. 3.)

zahlte, (das heißt, wissend daß es eine fremde Schuld sey), und sonach den anderen liberiren wollte, der kann das Gezahlte von dem Empfänger nicht zurückfodern, wenn er keinen andern Grund anführt als den, daß er für den andern zu zahlen nicht verpflichtet gewesen sey, auch wenn er bloß irrthümlich geglaubt hatte, dazu verpflichtet gewesen zu seyn, weil dann der Empfänger nur das Seine erhalten hatte (I. 16. §. 180); wogegen er von dem Schuldner, welchen er dadurch liberirt hat (I. 16. §. 43), Entschädigung fordern kann (I. 16. §. 46) 13). Die Rückfoderung von dem Empfänger kann jedoch aus anderen Gründen statt finden, nämlich

1) wenn die Zahlung vermöge der persönlichen Verhältnisse des Zahlenden ungültig war:

> I. 16. §. 186. „So weit aber, als die von Jemanden für sich selbst geleisteten Zahlungen, wegen seiner persönlichen Unfähigkeit, eine Zahlungsverbindlichkeit zu übernehmen, zurückgefordert werden können; soweit findet dergleichen Rückforderung auch in Ansehung der von einem Unfähigen für einen anderen geleisteten Zahlungen statt. (§. 170).“

Dabei ist es gleichgültig, ob der andere etwas schuldig war, oder nicht, und ob der Zahlende dieß wußte, oder nicht, quia persona locum facit repetitioni 14). War der andere wirklich schuldig, so wacht jedoch dessen Verbindlichkeit wieder auf (I. 10. §. 44.) 15).

---

13) Man vergl. A. L. R. Th. I. Tit. 13. §. 231 fg. §. 262. mit 268. Tit. 14. §. 338 fg. §. 383. Tit. 18 §. 597. Tit 20 §. 83. Tit. 21. §. 79. Th. II. Tit. 8. §. 2277. Th. II. Tit. 20. §. 898.

14) Fr. 29. D. de condict. indeb. (12. 6.) Simon und v. Strampff a. a. O. S. 273 Nro. 2.

15) Darum hätte im §. 44 nicht blos auf §. 72, 73, sondern auch auf diesen §. 186 verwiesen werden sollen

2) wenn der Empfänger etwas anderes als das Seine erhielt, d. h. wenn der Dritte, für den gezahlt wurde, nichts schuldig war:

> I. 16. §. 187. „Auch der Fähige kann die für einen Anderen geleistete Zahlung so weit zurückfordern, als der Schuldner, wenn er die Zahlung selbst geleistet hätte, dazu berechtiget seyn würde."

Die hier verstattete Zurückfoderung ist jedoch nicht die condictio indebiti, worauf ich wieder zurückkommen werde.

Sehr dunkel hat man den folgenden §. 188 gefunden:

> „Nach diesem Grundsatze bestimmt sich also auch die Befugniß einer Frau, die in stehender Ehe ohne Genehmigung des Mannes geleisteten Zahlungen nach getrennter Ehe zurückzufordern."

auch ist er bereits sehr verschiedenartig ausgelegt worden 16). — Um in den Sinn desselben einzudringen, muß man erwägen, daß hier, wie der Zusammenhang lehrt, nur von Zahlungen für den Mann und nicht von Zahlungen eigner Schulden die Rede seyn kann; ferner daß dieser §. anfänglich so gefaßt war:

> „was eine Ehefrau, ohne des Mannes Genehmigung, „ungültiger Weise gezahlt hat, kann sie selbst nach getrennter Ehe nicht zurückfordern 17)."

und in einer ganz anderen Verbindung stand, als gegenwärtig, so daß dadurch der Frau die Condiction jeder ihrer un-

---

16) Simon und v. Stampff a. a. O. S. 292 fg. und S. 294 Note 10. Auch v. Kamptz Jahrbücher S. 55. XXXI.

17) Ebendas. S. 259. §. 108. — Zu bemerken ist, daß der vorhergehende §. 107 so lautete: „doch bleibt die Zahlung unwiderruflich, wenn auch die bezahlte Schuld wegen Ermangelung der dazu erforderlichen gesetzlichen Feyerlichkeiten unverbindlich gewesen."

gültigen Zahlungen versagt war: dagegen aber das Monitum gemacht und beachtenswerth gefunden worden war:

„der §. 108 setzt doch wohl voraus, daß die Schuld sonst ihre Richtigkeit gehabt habe, und dieses müßte beigefügt werden. 18).“

man also die Condiction dann, aber auch nur dann zulassen wollte, wenn die abgetragene vermeintliche Schuld eine Nicht-Schuld war. Um dieß anzudeuten, (wovon gleich mehr), hatte man sich im (gedruckten) Entwurfe des Allgemeinen Gesetzbuchs so ausgedrückt:

§. 100. „Wer wissentlich fremde Schulden bezahlt, kann unter dem Vorwande, daß er dazu nicht verbunden gewesen, das Gezahlte niemals zurückfordern.“

§. 101. „Ist aber die fremde Schuld ganz oder zum Theil unrichtig gewesen, so wird die Zahlung nach den §. §. 96. 97. vorgeschriebenen Grundsätzen beurtheilt.“

§. 102. Nach eben diesen Grundsätzen bestimmt sich die Befugniß einer Frau, die in stehender Ehe, ohne Genehmigung des Mannes, geleisteten Zahlungen nach getrennter Ehe zurückzufodern.“

Diesemnach glaube ich den §. 188 des Allg. Land-R. so auslegen zu müßen:

„Die Frau kann, wenn sie in stehender Ehe Nicht-Schulden ihres Mannes bezahlt hat, welche derselbe, wenn er sie „selbst gezahlt hätte, zurückfodern könnte, nach getrennter „Ehe condiciren.“

Alsdenn liegt implicite der Satz darin:
„aber unter dem Vorwande, daß ihre Zahlung ungültig ge„wesen sey, kann sie dieselbe nicht condiciren.“

---

18) Simon und v. Strampff a. a. O. S. 260. Not. 2.

Auch heißt es im Allg. Land-R. statt: „nach diesen Grundsätzen" (wie im Entwurfe des Allg. Gesetzbuchs steht): „nach diesem Grundsatze," d. h. nach der im vorstehenden §. 187 enthaltenen Vorschrift, — so daß man diesen §. 188 nicht auch auf den später erst eingerückten, die persönliche Unfähigkeit betreffenden §. 186 beziehen kann.

Alle Zahlungen einer Ehefrau, welche sich nicht auf die Haushaltung, oder auf ihr vorbehaltenes Vermögen, oder auf das besondere Gewerbe, das sie etwa betreibt, beziehen, sind wenn der Mann anwesend ist, und seine Pflichten gegen sie erfüllt, ohne dessen direkte oder indirekte Genehmigung ungültig, so daß sie, wenigstens wenn die Frau das dazu nöthige Geld aus dem Eingebrachten entnommen hatte, von dem Manne, insoweit nicht versio in rem entgegentrit, condicirt werden können. Dagegen hielt man es für unbillig, der Frau zu gestatten, nach getrennter Ehe alle solche Zahlungen, auch wenn der Empfänger nichts weiter, als was er nach der natürlichen Billigkeit zu fodern hatte, erhalten haben sollte, unter Vorschützung des mangelnden Consenses ihres Mannes, zurückzufodern, während ihr wegen geschehener Bezahlung von Nicht-Schulden der Text des §. 188 unter die Arme greifen sollte.

Man darf nämlich nicht übersehen, daß wenn eine Frau nicht ein eigenes Gewerbe betreibt, in der Regel alle ihre Ausgaben, welche nicht bloße Liberalitäten sind, für den Mann geschehen, selbst die für ihre Bekleidung. Sie ist mithin hinlänglich gedeckt, wenn sie solche Zahlungen für ihren Mann nach getrennter Ehe condiciren kann, welche dieser, wenn er dieselben genehmigt, oder selbst geleistet haben würde, zurückfodern gekonnt hätte.

Vielleicht aber könnte man einwenden, daß wenn man der Frau nicht habe gestatten wollen, wegen ihrer persönlichen

Unfähigkeit zu condiciren, dieß ausdrücklich hätte gesagt wer- den müßen, da es eine Ausnahme von der Bestimmung des §. 186 sein würde; ferner daß unter dem Ausdrucke: „nach diesem Grundsatze" nicht wohl die Disposition des vor- angehenden §. 187 gemeynt sein könne, da dieser ganz aus- drücklich nur von einem Fähigen, der für einen Dritten gezahlt hat, spreche und hier im §. 188 nur von Zahlungen der Frau, die sie ohne Genehmignng des Mannes geleistet gehabt, zu welchen ihr sonach die Fähigkeit gefehlt hatte, die Rede sey.

Allein nirgends spricht das Allg. Land-Recht von einer persönlichen Unfähigkeit der Ehefrauen, Zahlungsver- bindlichkeiten zu übernehmen, oder Zahlungen zu leisten; nir- gends bestimmt dasselbe, daß sie keine Schulden sollten ma- chen können, (wie doch z. B. bei Soldaten der Fall ist); nur diejenigen erklärt es für nichtig, zu welchen die Zustim- mung des Mannes erfoderlich gewesen wäre und die sie ohne solche gemacht hatten; und nur zu solchen erfodert es dessen Genehmigung, welche das eingebrachte Vermögen der Frau, (woran ihm der Nießbrauch zusteht,) afficiren:

„in Ansehung des eingebrachten Vermögens sind alle von der Frau, während der Ehe, ohne Bewil- ligung des Mannes gemachte Schulden nichtig."

A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 320. verb. mit §. 318. 335.

Selbst ihre Bürgschaften für Fremde bedürfen nur dann der Einwilligung des Mannes, wenn auch das Eingebrachte für dieselben haften soll,

Ebendas. §. 342.

Und selbst dann hängt die Nothwendigkeit des Consenses des Mannes noch von dem Umstande ab, daß derselbe anwe- send sey und seine Pflichten gegen die Frau erfüllen könne,

Ebendas. §. §. 202, 203, 326 fg.

„In Ansehung der Receptitiorum hat die Frau eben die „freie facultatem disponendi, wie eine andere unverheirathete „Frauensperson. Ueber die Substanz des Eingebrachten „können nur beide Eheleute gemeinschaftlich gültige Ver- „fügungen treffen" 19).

Was endlich die Früchte des Eingebrachten betrifft, so gehören sie dem Manne und nur darum sind sie der ein- seitigen Verfügung der Frau entzogen. — Hieraus folgt, daß wenn übernommene Zahlungsverbindlichkeiten einer Frau un- gültig sind, dieß nicht Folge persönlicher Unfähigkeit, sondern gewißer Umstände ist, unter welchen sie ein besonderes Ge- setz (§. 320.) für nichtig erklärt hat.

Wenn man die oben angeführten §. §. 101. 102. des Entwurfs des Allg. Gesetzbuchs ansieht, so findet man, daß unter dem Ausdrucke: „nach eben diesen Grundsätzen" die §. 96. 97. verstanden waren, nämlich:

§. 96. „Was aus Unwissenheit der Rechte gezahlt worden, kann nur insofern zurückgefodert werden, als auch kein Grund der natürlichen Billigkeit zur Zahlung vorhan- den war."

§. 97. „Stand also dem Rechte des Empfängers blos die Vorschrift eines positiven Gesetzes entgegen, so findet die Rückfoderung nicht statt 20)."

---

19) Worte aus den amtlichen Vorträgen bei der Schluß-Revision M. s. v. Kamptz a. a. O. S. 112. — Niemand wird aber die Un- gültigkeit der einseitigen Disposition des Mannes über die Sub- stanz des Eingebrachten einer persönlichen Unfähigkeit desselben zu- schreiben.

20) Dieser §. ging (jedoch etwas anders gefaßt,) in dem ersten (ungedruckten) Entwurfe der Bestimmung, daß eine Ehefrau keine ihrer ungültigen Zahlungen sollte condiciren können, unmittelbar voraus. Man sehe oben Note 17).

Man leitete sonach die Ungültigkeit gewisser Zahlungs-Verbindlichkeiten einer Ehefrau nicht von einer persönlichen Unfähigkeit her, sondern daher, daß denselben unter den obwaltenden Umständen ein positives Gesetz die Klagbarkeit abgesprochen hatte. — Aus diesem Grunde, d. h. unter Vorschützung, daß es an der Zustimmung des Ehemanns zu der Uebernahme der Verbindlichkeit, oder zu der Erfüllung derselben gemangelt habe, sollte eine Ehefrau geleistete Zahlungen nicht zurückfodern können; wohl aber dann, wenn sie für sich, oder für einen anderen eine Nicht-Schuld entrichtet hatte und die übrigen Erforderniße der Condiction vorhanden waren. — Anzunehmen die Redaktoren seyen späterhin von dieser Ansicht abgewichen und hätten im Allgem. Land-R. etwas anderes festsetzen wollen, dazu hat man durchaus keinen Grund.

Ich kehre nunmehr zu einer früheren Aeußerung zurück. Wenn jemand eine fremde Schuld bezahlt hat, von der er wußte, daß nicht er, sondern ein anderer sie schuldete, die aber, wie er nicht wußte, so beschaffen war, daß sie der Schuldner, wenn er sie selbst geleistet hätte, mit der condictio indebiti zurückfodern können; so kann er sie, nach dem angeführten §. 187 condiciren. Diese condictio ist aber, wie ich bereits berührt habe, nicht die condictio indebiti, sondern ob caussam datorum (futuram), von welcher das Allg. L. R. theils Th. 1. Tit. 5. §. 360. folg., theils Tit. 16. §. 199. folg. handelt. Die condictio indebiti setzt immer eine Zahlung voraus, welche die Wirkung einer vermeintlichen Verbindlichkeit des Zahlenden war, so daß sie aus einer wiewohl nur irrigerweise angenommenen Nothwendigkeit erfolgte. Zahlte nun jemand die Schuld eines Dritten, und geschah dieß nicht aus freiem Entschluße, sondern vermöge einer Anweisung seines Gläubigers, welcher er Folge zu leisten verpflichtet war, so kann es sich treffen, daß er den delegirenden

Gläubiger nur irrigerweise für seinen Gläubiger gehalten hatte, und dann erwächst ihm zwar die condictio indebiti, aber nicht gegen den Empfänger (§. 180. 185.) sondern gegen den Deleganten 21). Zahlte er aber aus freiem Antriebe die Schuld eines anderen, so daß er sich es zum Zwecke machte, diesen zu liberiren, erreichte aber diesen Zweck nicht, oder konnte ihn nicht erreichen, weil der Andere nichts schuldig war (wie er doch irrigerweise angenommen hatte); so kann er zwar das Gezahlte zurückfodern, aber mit der condictio caussa data, caussa non secuta 22).

Die Unterscheidung der Condictionen ist aber nicht etwa ein leeres Spiel der Schule, sondern tief in der Natur der Verhältniße gegründet und eben darum von praktischem Einfluße, wie folgendes Beispiel lehren wird.

Der, welcher ein Grundstück zu kaufen wünscht, und mit

---

21) c. 2 C. h. t. (4. 5) — War die Schuld des Zahlenden richtig, aber nicht die Forderung des Empfängers, so treten nach römischen Rechte überaus feine Unterscheidungen ein, deren Auseinandersetzung nicht zu meinem Zwecke gehört. Ich bemerke nur, daß sehr viel darauf ankommt, ob man für den dritten simpliciter zahlt, oder dessen Schuld durch eine Novation übernimmt, so daß die darauf folgende Zahlung Wirkung dieser Verbindlichkeit war; sodann ob der dritte, wenn er selbst gezahlt hätte, die condict. indebiti oder die ob caussam datorum (wie in fr. 7 D. [12. 4].) hätte. Endlich ob die Zahlung so zu betrachten sey, als ob der dritte selbst gezahlt hätte, oder nicht. Jenes ist der Fall, wenn derselbe die Zahlung mandirt, oder ratihabirt hatte, oder der Zahlende sein Vormund war. Alsdann kann nur der dritte und nicht der Zahlende condiciren. Donell in c. 6 C. (4. 5) n. 18.

22) Eben so kann man das dem vermeintlichen Bevollmächtigten des Gläubigers gezahlte Indebitum von dem Empfänger zwar zurückfodern, wenn es sich zeigt, daß er nicht Bevollmächtigter ist, auch der angebliche Mandant das Geschehene nicht ratihabirt; allein non quasi indebitum datum, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit. Fr. 14 D. de condict. caussa data & (12. 4) Donell in c. 8 C. (4. 5) n. 4

dem Eigenthümer desselben über den Preis einig geworden war, bezahlt diesen, noch ehe der Vertrag niedergeschrieben, oder gerichtlich angezeigt ist. Da ihn jedoch der Kauf bald gereut, so erklärt er dem Verkäufer zurücktreten zu wollen, und fodert das gezahlte Geld zurück. — Der Verkäufer würde ihn, nach klarer Vorschrift der Gesetze (Allg. L. R. Th. 1. Tit. 5. §. 120. 155. Tit. 10. §. 15. fg.) zur Vervollständigung des Geschäfts nur dann zwingen können, wenn eine genügende Punctation vorläge, was, wie wir voraussetzen, der Fall nicht war; dagegen aber scheint er nicht verpflichtet zu seyn, das empfangene Geld zurückzugeben, da dem Vertrage nichts weiter, als die gesetzliche Form fehlt:

> „Bei Zahlungen aus einem, bloß wegen Mangel der gesetzmäßigen Form, unverbindlichen Geschäfte findet die Rückfoderung aus einer vorgeschützten Unwissenheit dieser gesetzlichen Vorschriften niemals statt."
>
> Allg. Land-R. Th. 1. Tit. 16. §. 176.

und derselbe von dem Zahlenden selbst angefochten wird:

> „Hat Jemand den Vertrag, die letztwillige Verordnung, oder das Urtheil; aus welchem er eine Zahlung geleistet hatte, wegen eines Mangels an der durch positive Gesetze bestimmten Form selbst angefochten und bloß aus diesem Grunde die Nichtigkeitserklärung derselben bewirkt: so kann er dennoch die daraus einmal geleisteten Zahlungen nicht zurückfordern (§. 178)."
>
> Ebendas. §. 184.

Es wäre dieß auch ganz richtig, wenn die Zurückfoderung des Käufers die condictio indebiti wäre, welche jene Gesetzstellen vor Augen haben. Der §. 176 sollte den Ausnahmsfall feststellen, in welchem die condictio indebiti, ohngeachtet eines obwaltenden Rechtsirrthums ausgeschloßen seyn sollte.

„Nur in dem einzigen Falle," — sagten die Redaktoren 23) — „wenn Jemand eine an sich richtige Schuld, der

„nur blos die gesetzmäßige Form fehlte, bezahlt hat, weil „ihm die, diese Form bestimmende Vorschrift unbe„kannt war, z. B. wenn Jemand aus einem testamento „inter liberos das darin einer fremden Person vermachte „Legat bezahlt, weil er nicht weiß, daß die Gesetze zu einer „letztwilligen Disposition, worin extraneis Legate verschafft „werden sollen, eine andere Form vorschreiben, nur in einem „solchen Falle würde es wider die natürliche Billigkeit seyn, „und eine zu große Anhänglichkeit an bloße Formen verra„then, wenn man die Condiction zulaßen wollte. Daher ist „auch dieser Fall im §. 176 ausdrücklich ausgenommen."

Von dieser Ausnahme machte man wieder eine Ausnahme, welche in den §. §. 182. 183. liegt und im §. 184 restringirt wird. Es kommt nämlich bei Verträgen (z. B. bei Eheverträgen, Schenkungen,) letzten Willen und Urtheilen zuweilen vor, daß sie nur relativ ungültig sind, d. h. so lange fortgelten bis sie angefochten und ausdrücklich rescindirt werden. Liegt nun der Fehler blos in der vernachläßigten gesetzlichen Form, so scheint die Rückfoderung des auf den Grund jenes Geschäfts bereits Gezahlten, wenn auch dasselbe späterhin für ungültig erklärt worden ist, durch den §. 176 ausgeschloßen zu seyn, wie auch im gedruckten Entwurfe des Allg. Gesetzbuchs §. 99 gesagt war. Man kehrte jedoch im A. L. R. zu der schon vor dem Entwurfe des Allg. Gesetzbuchs gemachten Distinction 24), ob der Zahlende, oder ein

23) v. Kamptz a. a. O. S. 54. Simon und v. Strampff a. a. O. S. 278. Uebrigens hatte man gar nicht nöthig, wegen dieses und ähnlicher Fälle eine Ausnahme aufzustellen, man brauchte nur zu sagen, der Testamentserbe, der das Testament anerkennt, hat die natürliche Verpflichtung, dem Willen des Erblassers ganz nachzukommen. Dadurch daß das Gesetz diese Vepflichtung von einer gewissen Form abhängig machte, wurde sie bei ermangelnder Form zu einer natürlichen Verbindlichkeit.

24) Simon und v. Strampff a. a. O. S. 259 §. 102.

anderer die Rescission bewirkt habe, zurück, und ließ in dem letzteren Fall die Condiction zu. Wenn also der Testamentserbe ein Legat ausgezahlt hatte, und das Testament wurde späterhin auf Antrag des Intestaterben für ungültig erklärt so kann jener, auch wenn sich die Ungültigkeit des Testaments auf einen Formfehler gründet, das Legat zurückfodern, wenn nur übrigens die Erforderniße der condictio indebiti vorhanden sind (§. 182. 183); war er aber selbst auch der nächste Intestaterbe und focht das Testament an 25), so kann er das Legat nicht zurückfodern, wenn er das Testament ausschließlich wegen eines Mangels an der durch positive Gesetze bestimmten Form angefochten hatte (§. 184.)

---

25) Der Testamenterbe kann zwar, wenn er bereits ein Legat ausgezahlt hat, das Testament nicht mehr anfechten A. L. R. I. 12 §. 612. Allein es wird gleich im folgenden §. die Ausnahme hinzugefügt, daß er es könne, wenn die Gründe, auf welche er sich stützt, später erst zu seiner Wissenschaft gelangt sind, z. B. wenn er später erst bemerkt, daß bei der Uebergabe des Testaments das Gericht nicht gehörig besetzt war. Es ist jedoch auffallend, daß er alsdann nicht auch das gezahlte Legat sollte zurückfodern können. Aus §. 178, auf welchen §. 184 zuletzt verweist, kann dieß nicht hergeleitet werden, weshalb man annehmen darf, daß in dieser Verweisung eine Restriktion des Satzes liege. — Der Erbe erfuhr erst nach Auszahlung des Legats, daß das Gericht nicht gehörig besetzt war, allein er hätte es gleich wissen können, wenn er darnach geforscht hätte. Er hatte nicht darnach geforscht, weil ihm die gesetzlichen Vorschriften über diesen Punkt unbekannt waren. Sein Irrthum war ein aus Rechtsunwissenheit veranlaßter und daher verschuldeter error facti. Nun wollten aber die Redaktoren auch bei verschuldetem error, selbst bey error facti proprii die Condiction zulaßen und haben den, von Suarez vorgeschlagenen entgegengesetzten Satz (Simon und v. Strampff a. a. O. S. 265 §. i. k.) verworfen. Oder kann man annehmen, der Intestaterbe habe die natürliche Verpflichtung, den, wenn auch nicht in gehöriger Form geäußerten Willen des Erblaßers zu erfüllen, wenn er selbst es ist, der das Testament, in welchem er als Erbe eingesetzt war, umstößt? Das Allgemeine L. R. I. 12. §. 279 legt ihm dieß nur bei dem testam. destituto auf. (v. Kamptz a. a. O. S. 80.)

In unserem Beispiele ist aber nicht die Rede von einem Geschäfte, welches erst rescindirt werden müßte, sondern von einem Vertrage, welcher noch nicht zur Perfection gelangt war. Sodann schützt der Käufer zu der Begründung seiner Condiction nicht (wie der §. 176 voraussetzt,) Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften über mündliche Verträge vor. Er wußte, daß aus der mündlichen Verabredung keine Verpflichtung für ihn erwachsen war; und eben weil er dieß wußte, so hatte er, als er zahlte, keine Schuld entrichtet, sondern that es darum, um den Verkäufer zu bewegen, von seiner Seite dasjenige zu thun, was zur Vervollständigung des Geschäfts nöthig war. Da dieß noch nicht geschehen war und nun, nach erfolgtem Rücktrit vom Vertrage, nicht mehr geschehen konnte; so fodert er das Geld mit der condictio caussa data, caussa non secuta zurück. Zwar lag in ihm selbst die Ursache, daß die caussa nicht realisirt wurde, es steht dieß aber dieser Condiction nicht im Wege (A. L. R. Th. 1. Tit. 5. §. 161. Tit. 16. §. 203.) Dieser Fall ist daher nicht nach den angeführten §. §. 176 und 184, sondern nach I. 5. §. 155 fg. zu beurtheilen und zu entscheiden, wie auch in dem unmittelbar auf den §. 176 folgenden §. ganz ausdrücklich gesagt ist:

§. 177. „was bei Zahlungen, die aus mündlichen Verträgen geleistet werden, Rechtens sey," ist gehörigen Orts näher bestimmt. (Tit. 5. §. 155. ff.)

Ganz eben so müßte die Entscheidung ausfallen, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache war, aber der verabredete Preiß über 50 Thlr. hinausging. Indeßen haben mehrere bedeutende Rechtsgelehrte das Gegentheil behauptet.

IV.

Ueber die Nothwendigkeit der eigenhändigen Namensunterzeichnung bei Ausstellung von Wechseln.

Ein Beitrag zur Interpretation der §. §. 776. 779. 780. Tit. 8. Thl. II. des Allgemeinen Landrechts 1).

Von

Bobrik.

Zu den nothwendigen Erfordernissen eines Instruments, welches Wechselkraft haben soll, gehört, sowohl bei gezogenen, als bei eigenen, oder trockenen Wechseln: daß der Wechsel von dem Aussteller unterzeichnet sein muß,

Allgem. Landr. Th. II. Tit. 8. §. §. 748 u. folg. 776 940—943. 1181.

---

1) Diese §. §. lauten:

§. 776. „Endlich muß jeder Wechsel von dem Aussteller unterzeichnet sein."

§. 779. „Wird Jemand durch Zufall außer Stand gesetzt, selbst zu schreiben: so kann er einem Andern zur Unterzeichnung seiner Wechsel Procura geben.

§. 780. „Dergleichen Procura muß wie jede andre Specialvollmacht ausgestellt werden. (Th. 1. Tit. 13. §. 111. sqq.)"

und nach dem klaren Wortverstande des §. 776. des Wechselrechts kann es keinem Bedenken unterliegen, daß diese Unterzeichnung des Wechsels von dem Aussteller in eigener Person erfolgen, die Unterschrift desselben unter dem Wechsel mithin die eigenhändige des Ausstellers sein müsse. Dies bestätiget auch der §. 782. a. a. O. Denn da es nach demselben nicht nothwendig ist: „daß der Aussteller den Context des Wechsels eigenhändig schreibe;" so folgt daraus ungezwungen: daß bei der Unterzeichnung des Wechsels, die Eigenhändigkeit derselben von Seiten des Ausstellers nothwendig bleibe 2).

---

2) Für diese Ansicht spricht auch der gedruckte Entwurf zum Allgem. Gesetzb. Derselbe zählt nämlich Th. I. Abth. II. Tit. III. §§. 439—480. die allgemeinen Erfordernisse der Wechsel auf, rechnet zu diesen im §. 470.: „daß der Wechsel von dem Aussteller unterzeichnet werden muß," verordnet auch im §. 475, in Uebereinstimmung mit dem Allgem. Landr.: wie es nicht nothwendig sei, „daß der Aussteller den Context des Wechsels eigenhändig schreibe," und setzt demnächst, in besonderer Beziehung auf gezogene Wechsel, fest:

§. 481. „Die gezogenen Wechsel, oder Wechselbriefe haben, außer den allgemeinen §. 439—480. angeführten Erfordernissen, noch das Besondere, daß der Name des Ausstellers, eigenhändig mit Buchstaben geschrieben sein muß."

§. 482. „Gezogene Wechsel, die bloß mit Kreuzen oder andern Zeichen unterschrieben sind, haben keine Wechselkraft."

Hieraus ergiebt sich aber: daß auch schon der Entwurf zum Allgem. Gesb. die Eigenhändigkeit der Unterschrift bei allen Wechseln erforderte und solche auch bereits in dem §. 470. a. a. O. voraussetzt. Denn eine nota characteristica gezogener Wechsel, ist nach dem Entwurf nicht die eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers; sondern, copulativ, die eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers mit Buchstaben, weil der Entwurf die Bestimmung des §. 482., welche das Allgem. Lr. im §. 781. des Wechselrechts generalisirt hat, ausschließlich auf gezogene Wechsel beschränkte.

Ganz von selbst dringt sich hiebei indeß die Frage auf: ob sich der Wechselaussteller bei dieser Unterzeichnung nicht durch einen Andern vertreten lassen dürfe? ob es ihm mithin nicht auch frei stehe, einen Andern zur Unterzeichnung von Wechseln an seiner Statt zu beauftragen? und wenn es gleich den Anschein gewinnt, daß diese Frage bejahend beantwortet werden müsse, weil alle Privatgeschäfte, die Jemand selbst vorzunehmen berechtiget ist, von ihm in der Regel auch Andern übertragen werden können;

Allg. L. R. Th. I. Tit. 13. §. 18.

so erhellet aus einer genaueren Erwägung der betreffenden Gesetzesvorschriften, in ihrer Verbindung, doch das Gegentheil, und es muß vielmehr angenommen werden:

daß zur Gültigkeit eines Wechsels, der Regel nach, die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers absolut nothwendig bleibe, und daß der Wechselaussteller hiebei von einem Andern nur da vertreten werden dürfe, wo das Gesetz ausdrücklich und ausnahmsweise eine solche Vertretung gestattet habe.

Zuvörderst ist nämlich nicht außer Acht zu lassen, daß der §. 776 des Wechselrechts zu denjenigen Vorschriften gehört, deren Vernachläßigung dem Instrumente die Wechselkraft entzieht. Das Gesetz würde daher mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wenn es einer Seits zwar, wie gezeigt, zu dem Wesen eines Wechsels erforderte: daß derselbe von dem Aussteller eigenhändig unterzeichnet sein müsse, anderer Seits aber dennoch nachließe: daß diese Unterzeichnung auch durch einen Andern geschehen, also nicht die eigenhändige des Ausstellers sein dürfe. Demnächst legen aber auch gerade die Ausnahmen, welche das Gesetz von der Regel des §. 776 des Wechselrechts gemacht hat, deutlich an den Tag, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin gehe: bei Unterzeich-

nung der Wechsel im Allgemeinen keine Vertretung des Ausstellers durch einen Andern statt finden zu lassen.

Solcher Ausnahmen finden sich in den Gesetzen nur zwei. Die erstere tritt bei Handlungsdisponenten, oder Handlungsfactoren ein, die entweder den Eigenthümer und Chef der Handlung, welcher dieser letzteren selbst nicht vorstehen kann, oder will, in allen Geschäftsbeziehungen der Handlung vollständig vertreten,

Allg. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 497.

oder die doch von dem Handlungseigenthümer für eine besondere Art von Handlungsgeschäften zu seiner Vertretung bestellt worden sind.

Allg. L. R. a. a. O. §. 511.

Denn dergleichen Disponenten, oder Factoren, sind als solche, und wenn sie mit einer schriftlichen, der Kaufmannschaft des Orts und den Handlungscorrespondenten vorschriftsmäßig bekannt gemachten Procura versehen sind,

Allg. L. R. a. a. O. §§. 500. 503. u. folg. 511.

befugt: auch Wechselverbindungen im Namen und an Statt des Handlungseigenthümers einzugehen. Sie verpflichten diesen letzteren durch die Wechsel, welche sie unterzeichenen, eben so wirksam, als wäre die Unterzeichnung von dem Handlungseigenthümer eigenhändig geschehen, und soll ihnen die Befugniß zur Eingehung von Wechselverbindungen nicht zustehen; so muß die diesfällige Beschränkung in der ihnen ertheilten Procura selbst ausgedrückt werden, wie sich alles dieses aus den Dispositionen des

Allg. L. R. a. a. O. §§. 501. 502. 506. 541. 777. 788. 791. 792.

und insbesondere aus den Festsetzungen der

§§. 513. 514. a. a. O.

unzweifelhaft ergiebt. Denn da es hiernach nur bei Faktoren, die blos zum Waareneinkauf, oder Verkauf auf Märkten und Messen bestellt sind, einer besonderen Befähigung

derselben zur Uebernahme von Wechselverbindungen für den Principal, in der ihnen ertheilten Procura bedarf; so fließt hieraus unmittelbar: daß in Ansehung anderer Handlungs=factoren eine solche Befähigung schon stillschweigend in der Procura liege, wenn nicht in letzterer dieserhalb eine besondere Beschränkung enthalten ist 3).

Die zweite Ausnahme findet dagegen alsdann Statt, wenn Jemand, er sei Kaufmann, oder nicht, durch einen Zufall ausser Stand gesetzt wird, selbst zu schreiben. Denn in einem solchen Falle erlaubt ihm das Gesetz: einem Andern zur Unterzeichnung seiner Wechsel Procura zu geben, bei deren Ausstelluug wie bei der Ausstellung jeder andren Specialvollmacht verfahren werden soll.

Allg. L. R. Th. II. Tit. 8. §§. 779. 780.

Gerade diese beiden Ausnahmen dienen nun aber zur Bestätigung der, im §. 776. des Wechselrechts aufgestellten Regel, als solcher. Denn es leuchtet von selbst ein: daß wenn es ganz allgemein jedem nach Belieben gestattet sein sollte, einem Andern zu Wechselunterzeichnungen an seiner Statt, Vollmacht zu ertheilen, es eines Theils der besondern Bestimmung in dem §. 779. des Wechselrechts gar nicht bedurft hätte, andern Theils aber man gewiß auch nicht unterlassen haben würde: dem §. 776. des Wechselrechts eine andere Fassung zu geben, und überdem in den §§. 99—109. Tit. 13. Th. I. des Allg. L. R. diesen Bevollmächtigungsfall denjenigen Fällen beizuzählen, in welchen es der Ausstellung einer Specialvollmacht bedürfe. Weggesehen

3) Bielitz Prakt. Kommment. zum Allg. L. R. Bd. 6. §§. 501. und 502. Seite 319. und folg. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn das Kammergericht in seinem Berichte an das Köngl. Justiz=Ministerium vom 6. Mai 1824., (v. Kamptz Jahrb. H. 48. S. 265—267.) ganz allgemein annimmt: „daß wenn ein Handlungsdisponent auch Wechselverbindungen für seinen Prinzipal eingehen solle, dies ausdrücklich in der Procura bemerkt sein müsse.“

von dem Rechtsverhältnisse der Handlungsdisponenten und Factoren, und von dem besondern Falle, dessen der §. 779. des Wechselrechts' erwähnt, muß es daher bei der Regel des §. 776. verbleiben; der Wechsel, der als solcher gelten soll, muß von dem Aussteller eigenhändig unterzeichnet sein, und hiemit erklären sich auch mehrere neuere Bearbeiter des Wechselrechts, im Wesentlichen, völlig einverstanden. 4)

In Beziehung auf die §§. 779. 780. des Wechselrechts, kommt übrigens bei deren Auslegung und Anwendung noch zweierlei in Erwägung. Der §. 779. knüpft die Befugniß des Wechselausstellers, einem Andern zur Wechselunterzeichnung Procura zu geben, ausdrücklich an die Voraussetzung: daß der Aussteller ausser Stand gesetzt sei, selbst zu schreiben, und daß diese Schreibensunfähigkeit sich in einem Zufalle gründe. Man muß daher annehmen: daß der gedachte §. zu seiner Anwendung ein, durch Zufall (vis major) entstandenes, wenn auch nur temporelles, physisches Unvermögen zu schreiben, erheische, und in so fern den Vorschriften des Allg. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 172 u. folg. correspondire. Wo es an obiger Voraussetzung gebricht, fällt mithin auch die Befugniß des Wechselausstellers fort: die Unterzeichnung seiner Wechsel durch einen Procuristen vollziehen zu

4) Bielitz a. a. O. Bd. 6. §§. 776—784. S. 410. Bender Grundſ. des deutsch. Wechselrechts I Abth. §. 283. not. b. S. 177. Meno Pöhls Darstellung des gem. Deutschen Handelsrechts. Bd. 2. §. 236. no. 2. S. 108.—§. 238. sub voce: „Preußen." no. 8. S. 114—116. In Beziehung auf Preußen bemerkt Pöhls a. a. O. ausdrücklich und unter Bezugnahme auf die §§. 748—780. 940—942. Tit.8. Thl. II. des Allg. L. R.: „Die Unterschrift muß in der Regel eigenhändig geschehen." Auch liegt hierin keinesweges eine besondere Eigenthümlichkeit des Preußischen Wechselrechts. Vielmehr findet man bei Pöhls auch mehrere andere Wechselordnungen angeführt, die ebenfalls die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers zur Gültigkeit der Wechsel erfordern.

lassen. Es darf dem mehrerwähnten §. 779. eine ausdehnende Erklärung auch um so weniger gegeben werden, als derselbe gerade eine singulaire Ausnahme von einer allgemein geltenden Regel enthält, und hiernach wird man mithin denjenigen, der eine Reise unternimmt, nicht für befugt erachten können: für die Zeit seiner Abwesenheit von Hause, einem Andern zur Unterzeichnung seiner Wechsel Procura ertheilen zu dürfen. Denn es läßt sich weder von Jemanden, der auf Reisen begriffen ist, aussagen: daß er ausser Stand gesetzt sei, selbst zu schreiben, da die tägliche Erfahrung ergiebt, daß auch von Reisenden Briefe und andere Aufsätze eigenhändig geschrieben, und Wechsel eigenhändig unterzeichnet werden, noch läßt sich die Unternehmung einer Reise als ein Zufall betrachten. Denn dieser letztere schließt, seinem Begriffe nach, alle menschliche Willkühr aus. Die Unternehmung einer Reise, beruhet aber, wenn nicht etwa absoluter, physischer Zwang von Aussen her wirksam ist, jedesmal auf der eigenen, selbstthätigen Willensbestimmung des Reisenden, und wenn gleich Zufälle die Veranlassung zur Reise herbeiführen können; so bleibt es doch stets von freier Entschließung abhängig, ob man die Reise unternehmen wolle, oder nicht. — Sodann folgt aber ferner aus dem §. 780. des Wechselrechts: daß auch da, wo die Bedingungen des vorhergehenden §. 779. vollständig vorhanden sind, eine blos schriftlich ertheilte Procura nicht genüge, die Ausstellung derselben vielmehr vor Gericht, oder vor einem Notar erfolgen müsse. Denn der gedachte §. 780. weiset nicht auf den §. 110. Tit. 13. Thl. I. des Allg. L. R., sondern nur auf den §. 111. u. folg. a. a. O. zurück. Nach diesem §. 111., verbunden mit §. 172. u. folg. Tit. 5. Thl. I. des Allg. L. R., müssen aber Personen, die unfähig sind zu schreiben, die Vollmacht vor Gericht, oder vor einem Notar ausstellen, und die nämliche Form muß hienach auch

bei Ausstellung der Procura in dem Falle des §. 779. des Wechselrechts beobachtet werden. — 5)

5) Den §§. 779. 780. Tit. 8. Thl. II. des Allg. L. R., correspondiren im Entwurf zum Allg. Gesetzb. Th. I. Abth. II. Tit. III. die §§. 473. 474., welche verordenen:

§. 473. „Wird ein Kaufmann durch Zufall außer Stand gesetzt, selbst zu schreiben, so muß er einem andern, zur Unterzeichnung seiner Wechsel, Procura geben."

§. 474. „Dergleichen Procura muß, so wie jede andre, ausgestellt, und bekannt gemacht werden."

Das Allg. L. R. hat mithin die Bestimmung des §. 473. des Entwurfs auch auf Nichtkaufleute ausgedehnt, zugleich aber durch das, im §. 779. a. a. O. dem „muß" im §. 473. des Entwurfs, substituirte „kann", die, blos ausnahmsweise gestattete Befugniß hervorgehoben, und endlich, wie die Vergleichung des §. 780. des Allg. L. R. a. a. O. mit den §§. 302. und 474. des Entwurfs loc. cit. ergiebt, die blos schriftliche Ausstellung der Procura nicht für genügend erachtet.

Uebrigens ist gegen die, aus dem §. 779. des Wechselrechts hergenommene Argumentation, noch erinnert worden: daß der gedachte §. auch dann, wenn man denselben nicht als eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel betrachte, dennoch nicht überflüssig erscheine und vielmehr volle Bedeutung behalte. Denn da nach dem §. 781. des Wechselrechts Wechsel, welche blos mit Kreuzen oder andern Zeichen unterschrieben worden, ohne Gültigkeit wären, der §. 781. auch nicht unterscheide, ob die Ausstellung von dergleichen Wechseln gerichtlich, oder außergerichtlich geschehen sei; so würden wechselfähige Personen, die des Schreibens unkundig, oder am Schreiben behindert wären, zur Ausstellung von Wechseln ganz außer Stande sein, und es lasse sich daher der §. 779. des Wechselrechts als eine besondere Begünstigung solcher Personen betrachten. (Vergl. Allg. L. R., Thl. I. Tit. 5. §. 172. sqq.) Allein, wenn man gleich, bei Zusammenhaltung des §. 781. des Wechselrechts mit dem Rescript vom 30. März 1769, (Nov. Corp. Const. March. Bd. 4. S. 5533.) zugeben muß: daß Personen der gedachten Klasse zur Ausstellung von Wechseln außer Stand seien, indem auch ihren gerichtlich ausgestellten, aber mit Kreuzen unterzeichneten Wechseln, keine Gültigkeit beigemessen werden kann; so leuchtet es doch von selbst ein: daß wenn gesetzlich bei der Wechselunterschrift die Vertretung durch einen Andern allgemein zulässig sein sollte, es auch keiner besondern Festsetzung zu Gunsten der vorgedachten Personen bedurfte, da dieselben an sich vertragsfähig sind und daher auch ihnen, wie jedem Andern, die Befugniß zustehen mußte

Die vorstehend entwickelten Grundsätze kamen zur Anwendung in einem Wechselproceße der Handlung B. L. und Comp. wider die Handlung A. M. und Comp. — M., der alleinige Innehaber der letztgedachten Handlungsfirma, war verreiset, und während seiner Abwesenheit stellte der Buchhalter desselben, F. Th., an die Handlung B. L. und Comp. zwei Tratten über 1000 Thlr. und 1200 Thlr. aus, welche von dem F. Th. mit der Unterschrift:

„per proc. A. M. und Comp. — F. Th."

versehen wurden. Diese Tratten, zu deren Unterzeichnung der M. dem Th. schriftliche, jedoch nicht bekannt gemachte Procura ertheilt hatte, wurden von dem Bezogenen zwar acceptirt, zur Verfallzeit jedoch nicht eingelöset, und B. L. und Comp. nahmen daher ihren Regreß an den Aussteller. M. setzte der angestellten Wechselklage jedoch den Einwand entgegen: daß es den beiden Wechseln an einem wesentlichen Erfordernisse, seiner eigenhändigen Unterzeichnung, ermangele, und dieser Einwand mußte auch, wiewohl sich die Kläger auf die §§. 779. 780. des Wechselrechts beriefen, für begründet erachtet werden. Denn der F. Th. war nicht eigentlicher Disponent der verklagten Handlung, noch stand er in dem Verhältnisse eines Factors, der den M. nach Wechselrecht verpflichten konnte, weil es der, ihm von dem M. ertheilten Procura, an der vorschriftsmäßigen Bekannt-

---

Procura zu Wechselunterzeichnungen zu ertheilen, so lange in Betreff ihrer das Gegentheil nicht besonders festgesetzt war. Man kann auch nicht annehmen: daß in den §§. 779. 780. des Wechselrechts blos in Ansehung dieser Personen die Ausstellung der Procura an die gerichtliche, oder notarialische Form habe geknüpft werden sollen, andere Personen mithin die Procura auch ohne diese Form gültiger Weise ausstellen könnten. Denn daß Analphabeten, oder am Schreiben Behinderte, die Procura nur vor Gericht, oder Notar, ausstellen durften, folgte ja schon aus den allgemeinen Bestimmungen des Allg. L. R. im Titel: von Verträgen.

machung gebrach. Der Fall des §. 779. des Wechselrechts konnte aber nicht für vorhanden angenommen werden, und wenn man auch hievon wegsehen wollte; so entbehrte die Procura des F. Th. doch der, nach dem §. 780. des Wechselrechts erforderlichen Form, da dieselbe nicht vor Gericht, oder vor einem Notar, ausgestellt worden war. Die Handlung V. L. und Comp. mußte daher mit der erhobenen Wechselklage abgewiesen werden. 6)

---

6) In der Schrift über das Preußische Wechselrecht von Crelinger und Gräff, wird S. 58—61. die entgegengesetzte Ansicht vertheidiget. Es ist dort angenommen: „daß es gleich gelte, ob der Aussteller seinen Namen unter dem Wechsel selbst geschrieben habe, oder ob der Name desselben mit seinem Vorwissen von einem Andern unter den Wechsel gesetzt worden sei; daß mithin der Aussteller den Wechsel auch durch dritte, nicht mit Procura versehene Personen auf seinen Namen ausstellen lassen könne; daß ferner die Zulassigkeit der Procura zur Wechselunterzeichnung keinesweges an den Fall des §. 779 des Wechselrechts gebunden sei, es vielmehr Niemanden verschränkt wäre, alle und jede Wechsel durch einen Bevollmächtigten unterzeichnen zu lassen; und daß endlich nur dann, wenn eine wirkliche Behinderung zum Schreiben statt finde, die Vollmacht gerichtlich, oder vor einem Notar, ausgestellt werden müßte, außerdem aber eine außergerichtliche Vollmacht genüge.“ —

Diese Annahmen dürften jedoch nach dem, was oben ausgeführt worden, wohl nicht zu rechtfertigen sein. Auch fehlt es denselben an einer eigentlichen Begründung, und es kann wenigstens auf den, in Bezug genommen §. 134. Tit. 10. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn., kein Gewicht gelegt werden, wenn gleich derselbe nach §. 20. Tit. 27. Thl. I. a. a. O. auch im Wechselprocesse volle Anwendung findet. Denn daraus, daß Jemand seine Namensunterschrift unter einem Instrumente eidlich zu diffitiren außer Stand ist, folgt noch gar nicht, daß diese Unterschrift selbst, die bei Wechseln von dem Gesetze vorgeschriebene Form habe (Vergl. Grävell's Prakt. Komment. zur Allg. Ger. Ordn. Bd. 2. §. 109. S. 309.) — Uebrigens hatte die Gesetzgebung wohl jedenfalls hinreichenden Grund, die Befugniß zur Bestellung eines Bevollmächtigten für Wechselunterzeichnungen, zu beschränken, da ein Mißbrauch der Vollmacht hier so leicht zur Gefährdung der persönlichen Freiheit führen kann.

V.

Ueber die Ermländischen Synodalconstitutionen, nebst Bemerkungen zum Ostpreußischen Provinzialrechte.

Von

Herrn Prof. Dr. v. **Buchholtz**
zu Königsberg.

Die Publikations-Patente zum Ostpreußischen Provinzial-Rechte vom 4. August 1801 und 6. März 1802 sagen eben so in ihren Ueberschriften, als sie es in ihrem Contexte öfters wiederholen, daß dieses Provinzialrecht die Abweichungen vom allgemeinen Landrechte enthalte, welche als besondere gesetzliche Vorschriften auch für die Einwohner des Bisthums Ermland gelten. 1) Ferner wird den in diesem Provinzialrechte übergangenen oder nicht etwa nach Publikation desselben gesammelten und bestätigten Gewohnheitsrechten und Observanzen die gesetzliche Kraft abgesprochen, mit Ausnahme des einzigen Falles „wenn nicht in diesem Provinzialrechte darauf schon Bezug genommen ist.“ Diese Worte, die sowohl in jenem ersten Patente (im §. 3.) als im zweiten Zusatze (im §. 1.) übereinstimmend so lauten, müssen nicht etwa nur dahin erklärt werden: wenn nicht in diesem Provinzialrechte ausdrücklich darauf Bezug genommen ist —

---

1) Ostpreuß. Prov. Recht. Zusatz 1. §. 1.

eine Beschränkung, die ganz ohne Grund diesen Worten gegeben wird — sondern diese Sanktion muß unbeschränkt dahin verstanden werden: wenn nicht in diesem Provinzialrechte ausdrücklich oder mittelbar darauf schon Bezug genommen ist.

Für die Richtigkeit dieser Erklärung spricht sogleich, daß Gesetze stets im vollen Wortverstande zu interpretiren sind, eine Regel, die selbst auf die Erklärung von Privilegien Anwendung leidet; was für den Fall von Wichtigkeit ist, wenn Jemand etwa das ganze Provinzialrecht oder wenigstens diese einzelne Bestimmung desselben als ius singulare ansehen wollte. Doch die Praxis möchte gegen diese Erklärung, welche sich der Theorie nach nur billigen läßt, aus dem Grunde sich erklären, weil sich im Provinzialrechte nur ausdrückliche Verweisungen auf Abweichungen des Ermländischen Rechtes finden: so, daß im Ermland der Besitz vom Jahr 1797 entscheidet 2); daß der überlebende Ehegatte ohne alle Einschränkung berechtigt ist, die köllmische Hälfte zu wählen 3); daß Personen des Adelstandes, die in Ermland wohnen, unter der Gerichtsbarkeit des Landvoigteigerichts zu Heilsberg stehn 4); daß bestimmte Präsumtionen für die adliche Qualität eines Gutes im Ermlande sprechen 5); daß

2) Zusatz 18. zum A. L. R. Th. I. Tit. 9. Die im Texte genannten Fälle enthalten eine vollständige Aufzählung aller im Ermlande vorkommenden gesetzlichen Abweichungen. Nicht überall, wo Ermland im Ostpr. Prov. R. erwähnt wird, geschieht dieses um abweichende Bestimmungen über dasselbe festzusetzen; nur der Vollständigkeit wegen wird Ermland neben Ostpreußen und Litthauen genannt in den Zusätzen 88. und 89. zu Th. I. Tit. 23., im Zusatz 95. zu Th. II. Tit. 1., im Zusatz 104. zu Th. II. Tit. 5., im Zusatz 230. §. 5. zu Th. II. Tit. 15.

3) Zusatz 96. §. 4. (§. 9., §. 12) zum Th. II. Tit. 1.

4) Zusatz 161. zu Th. II. Tit. 9.

5) Zusatz 162. §. 3. zu Th. II. Tit. 9.

die Königl. Schullehrer im Ermlande von der Regierung berufen werden 6), und die jetzt unpraktisch gewordenen Bestimmungen über die Unterthanen 7). Diese Verordnungen sind aber nur von geringem Umfange gegen die beiden Hauptabweichungen des Ermländischen Rechts, nemlich gegen die Bestimmungen in Ansehung der Ermländischen Lehne, worauf sich die Zusätze 59 bis 71 8) ganz allein beziehn, und in Ansehung der Rechte und Pflichten der Kirchen 9). Hierauf gehn nun zwar nicht ganze Zusätze, wie beim Lehnrecht, aber in sehr vielen Zusätzen 10) werden Abweichungen des Ermländischen Kirchenrechts hervorgehoben 11).

---

6) Zusatz 218. §. 5. zum Th. II. Tit. 12. Für die Aufhebung dieser Singularität haben die neuesten Revisoren des Provinzialrechts gemeinschaftlich mit der Regierung gestimmt.

7) Zus. 116. und Zus. 123. §. 2. und §. 36. zu Th. II. Tit. 7.

8) Zu Th. 1. Tit. 18. Vergl. noch Zus. 31. Da nach D. C. Reidenitz: Brevis notitia de Feudorum in Prussia Orientali hodierna conditione. Regiomonti 1830. 4. p. 9. in ganz Ermland nur noch 11 Lehne in dem eben genannten Jahre waren, so werden auch die ausführlichen Bestimmungen über sie bald mit ihnen zugleich aufhören.

9) Zum Allg. Landrechte Th. II. Tit. 11.

10) Zusatz 178., 179. §. 6., 191. §. 4., 197. §. 8., 202. §. 2., 205. §. 5. ff., 213. und 214.

11) Weder die Synodal-, noch die Landes-Ordnungen Ermlands enthalten eine Bestimmung, aus welcher sich die noch jetzt prätendirte Observanz vertheidigen läßt, daß der Wormditter Dezemscheffel größer als der Berliner oder Braunsberger, der Gutstädter noch größer, und der Wartenburger Dezemscheffel am größten sein solle. Sie stützt sich nur darauf, daß die Pfarrer das Getreide nach Braunsberg zum Verkaufe fahren, und wegen der dadurch entstehenden Kosten Aufmaaß bekommen müßten. Ein gleicher Grund hatte auch in Ostpreußen (Langhansen diss. de mensuris regni Prussici hodiernis Regiom. 1717) bewirkt, daß jede Stadt daselbst ihren eigenen Scheffel hatte, dessen Größe sich nach der bedeutendern oder unbedeutendern

Sobald sich aber nun nachweisen läßt, daß im Provinzialrechte auch Bestimmungen sich finden, welche, ohne Ermland zu nennen, in unverkennbarer Beziehung nur auf Ermland stehn, wird auch die Praxis einräumen müssen, daß unsere obige weite Erklärung die richtige ist. Solche Bestimmungen möchten wir schon nach der vorigen Uebersicht geneigt sein vorzüglich im Kirchenrechte zu suchen, und wir finden sie hier auch wirklich, und zwar im Zus. 205 von Pfarrgütern und Einkünften §. 13 und im Zus. 213 von den Zehnten und andern Abgaben §. 16. Jenes erkennen wir durch den Ausdruck „Offertorialien." 12) Dieses wird durch die erwähnten „Synodal-Ordnungen" 13) angedeutet.

Entfernung von Königsberg richtete (Langhansen §. 3. und §. 13. im Auszuge in: Erläutertes Preußen Th. 3. S. 426., 443. ff.). Durch das Gesetz vom 27sten Julius 1714. (Grube Corp. const. prut. T. III. nr. 285. fol. 398) wurden alle diese ostpreußischen Scheffel abgeschafft, und nur noch im Handelsverkehr mit Ausländern die frühere Königsberger Last im Betrage von 58½ Berliner Scheffeln gestattet, was auch durch die neueste Maaß- und Gewichts-Ordnung vom 16ten Mai 1816. nicht aufgehoben zu sein scheint, wiewohl diese, auch auf Ermland gehend, im §. 28. alle Provinzialmaaße für nicht stempelfähig erklärt. — Geaichte Scheffel (ferro muniti et signati modii) hatte übrigens schon 1575. Bischof Cromer seinen Geistlichen zum Empfange des Dezem vorgeschrieben. Const. synodales Cromeri. p. 98.

12) „Alle Einkünfte müssen zwischen dem Nachfolger und dem Abgehenden oder dessen Erben nach Verhältniß der Zeit getheilt werden, wobei in Absicht der Pacht das Jahr vom 1sten September, in Absicht des Sackzehnten vom 11ten November, und in Absicht der Offertorialien vom Sonntage Quasimodogeniti gerechnet wird."

13) „Nach welchen Grundsätzen der Betrag des Real- und Personal-Zehnten, der großen und kleinen und Geld-Calende, des Sack-Zehnten und der Oster-Eier und Oster-Hühner zu bestimmen sey, dieß ist lediglich nach den bei den Kirchen vorhandenen Visitations-Recessen und Synodal-Ordnungen festzusetzen, und wo die eine oder andere dieser Abgaben nicht hergebracht ist, hat es bei der bisherigen Verfassung sein Bewenden.

Natürlich sind jene ausdrücklichen Verordnungen, weil sie so leicht in die Augen fallen, bekannt genug. Dasselbe möchte aber nicht so der Fall sein mit diesen zuletzt genannten Bestimmungen, und es dürften daher folgende Bemerkungen darüber vielleicht nicht ganz interesselos erscheinen.

Es fehlt bis jetzt an einer vollständigen Aufzählung der Ermländischen Synodalverordnungen. Denn das Weihnachtsprogramm des Consistorialraths Wald 14) giebt nur eine Beschreibung der vom Bischofe Rudnicki veranstalteten Synodal-Constitutionen-Sammlung 15), worin sich die Verordnungen von 5 Synoden befinden, und der Szembeckschen Synodal-Constitutionen 16). Daß aber weit mehrere gehalten sind, wird aus dem Folgenden hervorgehn.

Die erste Ermländische Synode wurde, soviel wir wissen, von dem zwölften ermländischen Bischofe 17) Johann III. 1415 gehalten. Bei ihr wird es als Merkwürdigkeit von Treterus 18) und Szembeck 19) angeführt, daß alle üb-

---

14) Constitutionum Synodalium Varmiensium descriptio Regiom. 1802. 4. Dieses Programm ist in den v. Kampzschen Jahrb. sowohl H. 46 §. 31. S. 176. als H. 52. S. 132. übersehn.

15) Constitutiones Synodales Dioecesis Varmiensis Brunsbergae. 1612.

16) Synodus Dioecesana Varm: autoritate principis Christophori Joannis Comitis in Slupow Szembek anno Dom. MDCCXXVI die 14. et seq. Mensis Julii.

17) Die ersten 11 Bischöfe sind Ernst, (s. Voigt Preuß. Gesch. II. S. 471.) Anselm, Heinrich I, Eberhard, Jordan, Heinrich II., Hermann, Johann I. und II, Heinrich III. und IV.

18) De episcopatu et episcopis Ecclesiae Varmiensis. Cracov. 1685. p. 36.

19) In den bereits angeführten Synodalconstitutionen Szembeks heißt es S. 64: in synodo Illustrissimi olim Joannis III Episcopi Varmiensis Praedecessoris Nostri post annum Salutis 1415, cui Synodo ceteri quoque Episcopi, qui in Prussia sunt, interfuere . . . eo tempore, quo nefaria Vicleffitarum haeresis in has oras irrupit, et mala multa causavit.

rigen Bischöfe Preußens ebenfalls auf ihr erschienen, wahrscheinlich aus dem Grunde, weil die Wikleffiten, welche zu dieser Synode die Veranlassung gaben, nicht blos in den Grenzen Ermlands sich aufhielten. Diese fremden Bischöfe waren natürlich nicht gezwungen gegenwärtig; denn dem Erzbischofe von Riga standen die Metropolitanrechte gegen dieselben zu 20), also auch das Recht sie zu einer Synode zu berufen. Dieser Synode Beschlüsse sind weder gedruckt, noch handschriftlich vorhanden. Auch sind wahrscheinlich schon 1610 die Manuscripte, welche das Resultat dieser Synode enthielten, als Rudnicki die frühern Ermländischen Synodalconstitutionen sammeln ließ, verloren gewesen. Daraus aber daß Grzymala 21) Folgendes über den Bischof Lukas von Allen erwähnt: pro Ecclesiastico ordine prima de anno 1497 Constitutionum Synodalium iecit fundamenta, quae etiamnum exstant — kann man nicht schließen, daß vor diesem Lukas keine Synode in Ermland gehalten sey; sonst müßte man auch die Existenz der nächsten unter Franz Kuhschmalz gehaltenen Synode leugnen. Im Gegentheil enthält diese Stelle noch eine Bestätigung unserer Ansicht,

---

20) G. Lengnich Jus publicum Regni Polon. lib. III. cap. 5 § 45. Hier erwähnt Lengnich auch, daß seit Johann I. die Ermländischen Bischöfe unmittelbar unter dem Papste standen. Diese Nachricht ist jedoch unbegründet. Vielmehr befinden sich in einem sehr alten Codex Manuscriptus des geheimen Archivs zu Königsberg zwei Aktenstücke, welche die Confirmation unsers Johann III. durch den Erzbischof von Riga (seinen immediatum superiorem, wie es daselbst heißt) bezeugen, worin auch Ermland mehrmals zur Diözese des Erzbischofs von Riga gezählt wird. — Daß aber auch jedem Bischofe — nicht bloß dem, welcher unmittelbar unter dem Papst steht — das Recht zukommt, Synoden in seiner Provinz zu halten lehrt Schenkl: Jnstitutiones iuris eccles. com. ed. Scheill. P. I. §. 238.

21) In der Rede, welche hinter Szembecks Synodus Dioecesana abgedruckt ist p. 95.

daß die Manuscripte der Synode von Johannes verloren sind. Der Inhalt jener Worte muß nur so verstanden werden: Lukas hat die ersten Grundlagen zu den Synodal-Constitutionen geliefert, welche noch jetzt existiren. Endlich könnte man noch anführen, daß vielleicht hier eine Verwechselung zwischen dieser vermeintlichen Synode und dem seit dem Neujahrstage 1416 zu Braunsberg gehaltenen Landtage Statt finde, auf welchem auch die Prälaten der Gestifte des Adels und aller Städte aus Preußen erschienen 22). Dagegen ist aber die Darstellung von Leo 23), welcher zuerst ausführlich von der der Wikleffiten wegen gehaltenen Synode, und gleich darauf von dem 1416 gehaltenen Landtage spricht, so daß die Verschiedenheit dieser beiden Zusammenkünfte, so wie auch die Existenz beider nicht wohl bezweifelt werden kann.

Eine zweite Synode hielt der unmittelbare Nachfolger Johann's III., Franz Kuschmaltz, der, zurückgekehrt vom Concilium zu Costnitz, die dort gegen die Hussiten erlassenen Dekrete auch in seiner Diözese verbreiten wollte, wahrscheinlich bald nach dem Jahre 1425. 24)

---

22) So erzählt Grunau im Kap. 8. Traktat 15. Vergl. Preuß. Sammlung allerlei bisher ungedruckter Urkunden. Bd. III. S. 196. Danzig 1750. 8. S. die folgende Note.

23) In der Historia Prussiae. Amstelod. 1726. fol. p. 220. sagt er von jener Synode: Episcopi auctoritate coacta est Synodus, cui ceteri quoque qui sunt in Prussia episcopi interfuerunt; und p. 221. von diesem Landtage: Anno Christi 1416 conventum Crucigeri Brunsbergae fecerunt, ubi . . . adfuerunt quoque Episcopi Prussiae.

24) Treterus a. a. O. p. 39. sagt wörtlich übereinstimmend mit Leo lib. VI. p. 286: Reversus e Concilio (Constantiensi, das 1414 sein Ende erreichte) ad evulganda eiusdem contra Hussitarum haeresin decreta, Heilspergae Synodum Dioecesanam indixit, quo Praelati, Parochi, aliique Sacerdotes, numero MCCXI convenere: nam tum in Dioecesi Varmiensi, quae ad Pregelam

Welches die Veranlassung zu der vom Bischofe Lukas Weisselrodt 25) oder von Allen, dem 17ten Bischofe von Ermlande 1497 am 20. Februar abgehaltenen Synode 26) gewesen ist, läßt sich aus einer von Treterus 27) mitgetheilten Erzählung errathen. Lukas hatte ein Kloster des heiligen Antonius im Ermlande gegründet, und die ersten Mönche, mit welchen er dieses Kloster besetzte, stifteten viel Gutes in der Diöcese, indem sie überall, wohin der Bischof sie schickte, Messe lasen und predigten. Allein die Nachfolger der ersten Mönche arteten sehr bald aus, und erregten bei den Laien besonders dadurch Verachtung, daß sie überall sich Schweine geben ließen für das Gegenversprechen, ihre Heerden frei vor Schaden zu erhalten. Sie selbst nannten sich Sancti Antonii Domini, wurden aber von den Landleuten spottweise Porcorum Papae und Porcini Episcopi genannt 28). Wahr-

---

fluvium et Vilnensis ac Plocensis Episcopatus fines protendebatur, circiter sexcentae Parochiae numerabantur. Ungeachtet seit der Reformation der Ermländische Bischof auch den Titel Bischof von Samland angenommen (Ueber die Berechtigung dazu vrgl. Arnold Kirchengesch. Preußens. Buch VIII. Cap. 13. §. 28. ff. S. 861. ff.) und daselbst einige Kirchen hat, so befinden sich doch selbst seit der durch den Papst auf Kosten des Culmischen Bischofs geschehenen Vergrößerung der Ermländischen Diözese nach der 1821 vom Papst erlassenen Bulle nur 119 Pfarrstellen im Ermlande. (Gesetzsammlung von 1821 S. 136.)

25) Daß dieser Name der allein richtige sey, behauptet Hartknoch Preuß. Kirchenhistoria S. 155.

26) Tag und Jahrzahl beruht auf der schon oben erwähnten Rede des Cantor und Kanonikus Grzymala, die er am Schlusse der Szembeckschen Synode gehalten. Diese Synode besteht aus 53 Paragraphen mit 29 Capitel-Eintheilungen. Die Ueberschrift giebt ebenfalls Tag und Jahrzahl an.

27) a. a. O. S. 70, 71, ganz übereinstimmend mit Leo a. a. O. S. 362, 363.

28) Unter dem Nachfolger des Lukas, Fabianus, der sie visitiren wollte, verließen sie Preußen.

scheinlich auf Veranlassung dieser Mönche versammelte Lukas seine Synode, deren erstes Capitel gleich die Bestimmung enthält, daß kein Priester außer der Kirche ohne spezielle Erlaubniß des Bischofs Messe lesen dürfe 29).

Keine Synode hielt der 19te Bischof Mauritius Ferber, wiewohl Verordnungen von ihm mehrmals gedruckt zu sein scheinen. 30) Im J. 1526 am 22sten Sept. erließ er 31) jedoch ohne Zuziehung des Gutstädtischen Collegiatstifts, die „Constitutiones Mauritii oder Landsordnung des Bischofthums Ermland." Die Veranlassung dazu gab das sich auch nach Ermland verbreitende Lutherthum 32): denn im ersten Capitel dieser Constitutionen wird die Auslieferung der Bücher Luthers und die Auswanderung seiner Anhänger verfügt. Man muß also durchaus im Ermlande Synoden und Commissionen zur Regulirung weltlicher Angelegenheiten unterscheiden; der Hauptzweck jener war stets Regulirung geistlicher Administrationssachen, wobei jedoch gelegentlich Verhältnisse des Clerus gegen den Laienstand zur Sprache kommen konnten.

---

29) Diese Verordnungen stehen in den Anm. 15. cit. Constitutiones Synodales Dioec. Varm. p. 7. 28.

30) Treterus a. a. O. p. 92 erwähnt editae per eum Provinciales Constitutiones. Mit Gewißheit finden sie sich hinter der 1711 zu Brauneberg erschienenen Ausgabe des Ermländischen Culms (Jus Culmense correctum una cum processu iuris pro Dioecesi Varmiensi; Constitutionibus Mauritii, nec non Sigismundi Regis, et Alberti Marchionis. Cui in fine adduntur Flores legum authore Thoma de Thomasettis J. U. D. Opus in omni foro utilissimum. Brunsbergae 1711 fol.) S. 109—124.

31) Die weltlichen Regierungssachen wurden stets zwischen Bischof und Capitel zu Frauenburg abgemacht. Szembeck in seinen Synodal-Constitutionen S. 60 nennt ausdrücklich das Venerabile Capitulum Varmiense als zugezogen bei diesen Constitutionen des Mauritius.

32) Treterus a. a. O. p. 87. bemerkt unter des Mauritius unmittelbarem Vorgänger Fabianus Lutheranismi initia.

Die Verordnung des Tridentinischen Conciliums, dessen Dekrete durch Provinzialsynoden zu verbreiten, war die Veranlassung, daß der 22ste Bischof 33) Stanislaus Hosius am 30sten Oktober 1565 die Ermländische Geistlichkeit zusammenberufen ließ 34), um sie mit dem Inhalte des Tridentinischen Concilii bekannt zu machen, und für die Ausführung desselben in seiner Diöcese zu sorgen 35).

Von Hosius ist auch am 23sten Februar 1570 eine den Kirchgang betreffende Verordnung in Deutscher und Polnischer Sprache erlassen 36), welche gewöhnlich 37) wegen ihrer Anfangsworte: Martinus Cromerus: dem folgenden Bischofe Cromer zugeschrieben wird, der aber damals nur Ermländischer Cantor et Canonicus war 38).

Martin Cromer hielt, bald nachdem er Coadjutor von Hosius geworden 39), den 18ten Junius 1575 eine Sy-

---

33) Der unmittelbare Nachfolger von Franz Kuhschmalz, war Aeneas Sylvius. Diesem folgten Paul v. Legendorf, Nikolaus von Tungen, Lukas Weiselrodt, Fabianus, Mauritius Ferber, Johann IV., Tiedemann, und diesem Hosius.

34) Den Irrthum Hartknoch's Preuß. Kirchenhistorie S. 1051, daß erst Rudnicki die Beschlüsse des Trident. Concilii in Ermland eingeführt habe, rügt schon Wald a. a. O. Derselbe Hartknoch giebt S. 1050 diesen Tag und dieses Jahr an. Vrgl. Treterus a. a. O. p. 113, welcher diese Angabe dem Jahre nach zu bestätigen scheint.

35) Diese Constitutionen stehen in der Rudnickischen Sammlung S. 29. 77.

36) Sie findet sich im Anhange der Rudnickischen Sammlung S. 340. 356.

37) z. B. von Wald a. a. O.

38) Wie er selbst in dieser Verordnung sagt. Auch Treterus a. a. O. S. 117 giebt diese Würde an.

39) Er wurde es nach Treterus a. a. O. p. 118. im J. 1574 (Sigismundo Augusto Rege promovente, sacri Collegii Ecclesiae Varmiensis electione accedente, Pius V. cum futura successione anno 1574 designavit, approbabit Coadiutorem). In dem Recessus Episcopatus Varmiensis vom 2ten Oktober 1573

node 40), hauptsächlich um Ermland vor den Ketzern im benachbarten Herzogthume Preußen zu hüten. Gleich im Eingange werden auch die exstirpandae haereses genannt, und aller Umgang oder gar die Ehe mit den Letzteren in den folgenden Paragraphen verboten 41).

Schon im folgenden Jahre muß Cromer wieder eine Synode gehalten haben. Denn wiewohl diese von Rudnicki nicht in seine Sammlung aufgenommen ist, so wird doch ihre Existenz durch folgende Randcitate bei Rudnickis Synodalconstitutionen bewiesen. S. 132 wird auf Const. Cromeri 1576 art. 5, S. 137 auf Const. Syn. 1576 a. 11, S. 138 auf Cromer 1576 a. 14, und S. 134 auf anno 1576 art. 16 verwiesen. Durch die Artikel, bei welchen auf diese Synode verwiesen wird, geht einigermaßen auch ihr Inhalt hervor, und das zweite Citat unter den genannten benennt ja ausdrücklich diese Constitutionen vom Jahre 1576 auch mit dem Beiworte Synodales 42).

Im Jahre 1577 am 15ten Julius hielt Cromer, noch im

(mitgetheilt im Anhange der Braunsberger Ausgabe des Ermländischen Culms S. 22. ff.) wird Cromer bereits Coadjutor genannt. Beide Angaben lassen sich dadurch vereinigen, daß er 1573 bereits designiter Coadjutor war, und 1574 erst vom Papste die Bestätigung erhielt.

40) Die Constitutionen dieser Synode stehn in der Rudnickischen Sammlung S. 78. 100.

41) Die ganze Verordnung ist in Form eines Hirtenbriefes abgefaßt, und zerfällt in 51 Paragraphen oder Artikel. Auf die Artikel 41 und 45 gehen die beiden Randcitate auf S. 270. der Rudnickischen Synodalconstitutionen.

42) Hiezu kommt, daß beim ersten Citate der Text von Synodicae constitutiones, eben so wie beim letzten Citate von einer Synodica constitutio felicis recordationis Domini Martini Cromeri redet, so daß hier gewiß nicht ein weltliches Landesgesetz von Cromer gemeint sein kann.

mer nur Coadjutor, eine neue Synode 43). Sie geht besonders gegen den überhand nehmenden Concubinat des Clerus.

Im Jahre 1582 am 28sten Junius hielt Cromerus, als wirklicher Bischof seit drei Jahren 44), wiederum eine Synode, um mehrere in seiner Diöcese eingerissene Mißbräuche abzustellen 45).

Daß nachher Cromer noch eine Synode gehalten haben sollte, wird durch Nichts unterstützt. Denn eine gedruckte Randbemerkung bei Rudnickis Synodalconstitutionen S. 336: Crom. anno 1587 para. 19 beweist wohl eben so wenig für die Existenz einer in diesem Jahre gehaltenen Synode, als eine alte ebendaselbst S. 321 geschriebene Randbemerkung: Vide Recessum Episcopi Cromeri de anno 1588. 27. Januar. art. 22 auf eine Synode dieses Bischofes hinweist.

Von Simon Rudnicki, dem 26sten Bischofe Ermlands sind 1610 am 17ten bis 19ten Novbr. die ausführlichsten Synodalverordnungen erlassen 46). Am 1sten Mai 1612 wurde der Druck der Verordnungen der von ihm und von mehreren seiner Vorgänger abgehaltenen Synoden beschlossen und in demselben Jahre auch ausgeführt 47).

---

43) Sie ist von Rudnicki in seine Sammlung der Synodalconstitutionen S. 101—109. aufgenommen, und zerfällt in 12 Paragraphen.

44) Hosius starb 1579 den 5. August. (Leo a. a. O. S. 453), und in demselben Jahre wurde auch Cromer zu Warschau consecrirt. Treterus a. a. O. p. 219.

45) Auch diese Synodalverordnungen sind eben so wenig wie die frühern Cromerischen in Capitel, sondern in 29 Paragraphen getheilt. Sie stehen in der Rudnickischen Sammlung von S. 110—121.

46) Sie umfassen in seiner Sammlung S. 129—339.

47) Als Grund der Sammlung wird auf S. 2. der Vorrede angegeben: weil die alten Synodal-Statuten nicht mehr leserlich oder ganz verschwunden wären. — Ein früherer Druck jener Constitutio-

Daß am 24sten Dezember 1615 von demselben Bischofe ebenfalls zu Heilsberg eine Synode gehalten ist, das beweist ein Auszug aus derselben, der sich hinter der eben genannten Sammlung handschriftlich findet, und Bestimmungen über die Auseinandersetzung des abgehenden und des neuen Pfarrers enthält.

Unter seinem unmittelbaren Nachfolger Johann Albert, der 1621 als dreizehnjähriger Sohn Sigismund's III. von Polen zum Bischofe gewählt war, hielt dessen ihm propter defectum aetatis beigeordneter Weihbischof und Administrator Michael Dzialynski eine Synode zu Gutstadt, die letzte im 17ten Jahrhundert. Nur ist es zweifelhaft, wann dieselbe gehalten ist, ob im Jahre 1624 oder 1627. Treter 48) giebt das letzte Jahr an. Dagegen möchten aber wohl folgende Zeugnisse für das erste Jahr den Ausschlag geben. Einmal die Synodalverordnungen von Szembeck, welche ganz genau nicht blos das Jahr, sondern auch den Tag, den 17ten Mai angeben 49), sodann das Zeugniß von Grzymala, daß (im Jahre 1726) seit mehr als hundert Jah-

---

nen existirt wohl nicht, obschon Treterus a. a. O. S. 135. von Rudnicki sagt: Constitutiones Dioecesanas a suis conditas Antecedaneis reimprimi mandavit.

48) a. a. O. S. 143. Nihilominus tempore tam iniquo (die Schweden verwüsteten Ermland) in anno 1627 Gutstadii in Ecclesia Collegiata Synodum Dioecesanam congregavit Michael Dzialynski, Coadministrator (der Warschausche Archidiakonus Boruchowski und der Warschausche Domherr Piasecki waren ebenfalls zu Administratoren ernannt) pro Ioanne Alberto principe, quae ab eodem approbata exstat impressa.

49) Synodus Dioecesana Varmiensis authoritate principis Szembek celebrata cap. 16. p. 57: in ultima Synodo Guttstadii in collegiata Anno 1624 die 17. Maii etc.

ren keine Synode gehalten 50), endlich das eben daselbst am Rande befindliche gedruckte Zeugniß, wornach der Mai des Jahres 1724 als die Zeit der zuletzt gehaltenen Synode bezeichnet wird 51).

Vom 32sten Bischofe Radciejowski 52) existirt eine einzelne Verordnung über die Pfarrgebäude, deren Inhalt von Szembeck bestätigt ist 53). Ob sie aber 1686 oder 1685 erlassen, ist die Frage. Für das Erste spricht die angeführte Stelle der Szembekschen Verordnung, für das Letztere, wahrscheinlich Richtige, der Schluß der Verordnung selbst, die unter dem Namen Processus als letzter Anhang zu dieser Synode sich findet 54).

Endlich im Jahre 1726 am 14ten und 15ten Julius wurde vom 36sten Bischofe, Szembeck eine Diözesan-Synode gehalten, die uns gedruckt in 33 Capiteln erhalten ist 55). Außerdem

---

50) In seiner Rede am Ende der Szembeckschen Synode S. 98 heißt es von Szembek: primus post centum et amplius annos.

51) Ult. Synod. Dioecesana Varmien. fuit Anno 1624 Maii.

52) Die Reihefolge der Ermländischen Bischofe seit Cromer bis auf den heutigen Tag ist diese: Cromerus, Andreas Bathoreus, Tylicki, Simon Rudnicki, Iohannes Albertus, Szyskowski, Konopacki, Leszczynski, Wydzga, Radcieiowski, Sbaski, Zaluski, Potocki, Szembek, Grabowski, Krasicki, Carl Hohenzollern, Joseph Hohenzollern.

53) Im Cap. XXVII. der Szembekschen Synodalconstitutionen p. 85. wird diese ordinatio bestätigt.

54) Die VII. Mensis Septembris anno domini MDCXXXV.

55) Synodus Dioecesana Varmiensis authoritate Celsissimi et Reverendissimi Principis D. D. Christophori Joannis, Comitis in Slupow Szembek, Dei et Apostolicae Sedis Gratia Episcopi Varmiensis et Sambiensis, Sacri Romani Imperii Principis, Terrarum Prussiae Praesidis; cum consilio Reverendissimi Capituli Cathedralis, in archipresbyterali ecclesia Heilsbergensi celebrata. et cum Actis atque Statutis promulgata. Anno Domini MDCCXXVI. die 14. et sequen: Mensis Julii. In Quarto p. 8—90.

sind von ihm zwei Hirtenbriefe erlassen, der eine vor der Ankunft in seinem Bisthume vom 10ten Novbr. 1724 56); der andere in 13 Paragraphen 57) vom 29sten Dezbr. desselben Jahres 58); ferner ein Recessus vom 16ten Julius 1725 59). Ob er das in seiner Synode 60) versprochene Synodale Rescriptum ad removenda scandala wirklich erlassen, ist nicht bekannt; aber wohl hat er 1729 eine Generalvisitation durch Grzymala und einige Andere abhalten lassen, wie auch vor Szembek, Theodor Potutzki und nach diesem Zaluski 1702 solche Generalvisitationen abgehalten haben.

Nach Szembek sind keine Synoden mehr gehalten.

Nachdem auf solche Weise die uns bekannten, im Ostpreußischen Provinzialrechte angeführten, Synodalordnungen, denen es nicht an praktischer Bedeutung fehlt, aufgezählt sind, soll nur noch untersucht werden, was sie über die Offertorialien verordnen.

Fragen wir nun zuerst, was Offertorialien 61) sind, so ist die Antwort unzweifelhaft diese:

---

56) Hinter den eben genannten Synodalbeschlüssen abgedruckt.

57) Ebendaselbst abgedruckt.

58) Die Angabe dieses Datums rührt nur aus einer schriftlichen Bemerkung, welche dem Exemplar dieser Synodalbeschlüsse beigeschrieben ist, das sich im Besitze des würdigen Consistorialraths und Domherrn Herrn Hoppe befindet.

59) Ebendaselbst p. 90. angeführt.

60) cap. 5. p. 22.

61) Ostpr. Provinzialrecht Zusatz 205. §. 13. „Alle übrigen Einkünfte, mit Einschluß der Natural- und Geldpacht, müssen zwischen dem Nachfolger und dem Abgehenden oder dessen Erben nach Verhältniß der Zeit getheilt werden; wobei in Absicht der Pacht das Jahr vom 1. September, in Absicht des Sackzehnten vom 11. November, und in Absicht der Offertorialien vom Sonntage Quasimodogeniti gerechnet wird.“

Es sind Oblationen 62) d. h. freiwillige Geschenke (der Eingepfarrten) an den Pfarrer und an die Kirche in Geld oder irgend sonst Etwas bestehend, 63), welche von Verlobten, von Wöchnerinnen 64), von Solchen, die begraben lassen, oder an dem Namenstage der Heiligen 65), oder beim Abendmahle 66) in den Kirchen am Altare, oder in den Kapellen 67), oder an den Heiligenbildern, oder sonst wo in oder außerhalb der Kirche 68) niedergelegt werden.

Die Frage, wem diese Offertorialien zufallen, ob dem Pfarrer oder der Kirche, ist mit mehreren Unterscheidungen zu beantworten.

1. Dem Pfarrer allein gehört Alles, was Jahr über, sei es zu Ostern oder an Heiligen Tagen, oder sonst auf den

---

62) Die Identität beider Worte geht daraus hervor. Bei Rubnicki p. 291. heißt es Circa oblationum et decimarum partitionem servabitur antiqua Cromeri Constitutio. Diese Constitutio steht ebenda p. 95. mit den Worten beginnend: Decimae et Offertoriales etc.

63) Bei Lukas in seinen Synodal-Constitutionen §. 26. quidquid de pecuniis aut quibuscunque rebus ad altare offertur, in der Rubnickischen Sammlung p. 16.

64) Bei Cromer in der Synode von 1575. §. 35. in Sponsarum, puerperarum, et aliis, praeterquam in Missa defunctorum offertoriis; in der Rubnickischen Sammlung p. 92. 93.

65) Bei Szembek cap. 27. p. 83. Offertorialia, quae obveniunt diebus Patrociniorum.

66) Bei Cromer in der Synode von 1575. §. 42. Offertoriales Paschae. Denn zu Ostern sollte Jeder zum Abendmahl gehn. Dies wird sehr oft eingeschärft, zuletzt von Szembek cap. 9. p. 27.

67) Bei Lucas §. 26. in der Rubnickischen Sammlung p. 16.

68) Bei Cromer in der genannten Synode §. 44. bei Rubnicki p. 96. Quidquid vero Oblationum . . . ad imagines Sanctorum seu alias intra vel extra Ecclesiam obvenerit.

Altar gelegt wird 69); ferner der Ertrag aus dem Wachse und dem Gelde, das bei Begräbnissen und beim ersten Kirchgange einer Wöchnerin geschenkt wird 70); endlich was der Pfarrer nach gereichten Sakramenten erhält 71).

2. Zwischen dem Pfarrer und der Kirche getheilt wird aller Erlös aus den Wachslichtern, die bei andern Gelegenheiten, als den eben genannten, geschenkt wurden 72), ebenso Alles, was den Kirchen oder Kapellen geschenkt 73), oder bei den Heiligenbildern oder sonst außerhalb oder innerhalb der Kirchen niedergelegt wird 74).

3. Der Kirche allein gehören Oblata in truncum sive ad tabulam seu in sacculum vitricorum post finem Offertorii 75).

---

69) Szembek cap. 26. p. 83. Offertorialia, quae obveniunt diebus Patrociniorum et per annum de altari solius sint Parochi. Lucas §. 26. bei Rubnicki p. 26. quidquid de pecuniis aut quibuscunque rebus ad altare offertur, spectare debet ad Rectores Ecclesiarum tantum; bei Cromer a. a. O. p. 96. Quidquid offertur ad altare, solius Parochi erit.

70) Szembek a. a. O.: de sepulturis vero solus Parochus ceram participabit et pecuniam, sicut et de introductione mulieris post partum.

71) Szembek cap. 6. p. 24.: Consuetudinem tamen post ministratum Sacramentum libere aliquid offerendi Sacerdoti pro sustentatione non tollimus.

72) Szembek cap. 26. p. 83. quae proveniunt ex cereis, dividantur inter Parochum et Ecclesiam.

73) Lucas § 26. bei Rubniki p. 16. Quidquid vero Ecclesiis aut Capellis offertur, pro medietate ad Rectores, pro altera medietate ad fabricam pertinebit.

74) Lucas a. a. O. Si vero ad imagines positas extra vel intra Ecclesias aliquid oblatum fuerit, similiter dividatur. Cromer a. a. O. p. 96. Quidquid vero oblationum coram Venerabili Sacramento, aut ad imagines Sanctorum, seu alias intra vel extra Ecclesiam obvenerit, ex dimidio dividetur inter Parochum et Ecclesiam.

75) Lucas a. a. O. Oblata vero in truncum sive ad tabulam post finem Offertorii fabricae applicentur. Cromer a. a. O. Quidquid ad tabulam seu in sacculum vitricorum, vel ad truncum (scil. offertur) ecclesiae fabrica id sibi vindicabit.

Unter dem truncus wird der Gotteskasten in Form eines Baumstammes verstanden. Er pflegt stark mit Eisen beschlagen, und oben mit einer trichterförmigen Oeffnung versehen zu sein, und am Eingange der Kirche zu stehen. Den sacculus vitricorum finden wir schon im Ordo Romanus, der ältesten Anweisung über Kirchencerimonien aus der ersten Hälfte des achten Jahrhunderts 76). Hiernach sollten die Akoluthen die Säcke so weit als möglich geöffnet mit ausgebreiteten Armen herumtragen, damit ja alle Geschenke hineingiengen 77). Als später die Opferungen in der Kirche, mit Ausschluß anderer Dinge allein in Gelde zu bestehn anfingen, wurde aus dem ehemaligen Sacke ein bloßer Beutel, dem schläfrige Zuhörer noch zu einer Klingel verholfen haben 78). In einigen Kirchen aber hat sich noch eine tabula d. h. ein Brett erhalten, mit welchen an allen Sonntagen während der Frühmette oder während der Predigt von Kirchenvorstehern oder den Glöcknern herumgegangen wird, damit die versammelte Gemeinde hierauf ihre Gaben, namentlich Wachslichter, legen könne. Der Zusatz post finem offertorii deutet nur auf die antiquirte Gewohnheit, daß während des Offertorii, d. h. des Theils der Messe, in welchem der Geistliche Brod und Wein einsegnete, die Communikanten ihre Gaben auf den Altar darbrachten, an welchem zu da-

---

76) Grellmann Kurze Geschichte der Stolgebühren Göttingen 1795. 8. S. 58.

77) Ordo Romanus antiquus de divinis Catholicae Ecclesiae officiis et ministeriis per totius anni circulum, in der Bibliotheca Max. P. P. Tom. XIII. p. 539. Et accedentes subdiaconi sequentes cum Acoluthis, qui sacculum, portant a dextris et a sinistris altaris, extendentibus Acoluthis brachia cum sacculis, Subdiaconi sequentes stant a fronte, ut parent sinus sacculorum Archidiacono, ad ponendas oblationes.

78) Grellmann a. a. O. p. 59.

maligen Zeiten besondere Taschen zum Aufnehmen der Geschenke angebracht waren.

Eine zweite Frage bezieht sich auf die Vertheilung der dem Pfarrer ganz oder theilweise zukommenden Offertorialien. In den beiden ersten eben genannten Fällen ist ein solcher Streit möglich zwischen dem abgehenden und dem neu anziehenden Pfarrer. Bereits von Cromer 79) ist für die zu Ostern dargebrachten Offertorialien der Streit dahin entschieden: was dem Pfarrer von diesen zukommt, soll zwischen ihm und seinem Nachfolger pro rata nach der Länge der Zeit vertheilt werden, in welcher Jeder während dieses Jahres der Kirche deservirt hat; und zwar soll in Bezug auf die Offertorialien das Jahr vom Sonntage Quasimodogeniti sive conductus Paschae inclusive gerechnet werden, und Rudnicki 80) hat diese Cromerische Verordnung für die Offertorialien insgesammt bestätigt, eine Bestimmung, die denn auch ins Ostpreußische Provinzialrecht rezipirt ist.

Man könnte versucht sein, zu den Offertorialien auch die strenae oder porrectiones zu zählen, die nach gehaltenen Kirchenvisitationen oder dem sogenannten Gebetverhör von denen an den Pfarrer gegeben werden können, welche dieser mit seinem geistlichen Zuspruche beglückt hat 81). Doch

---

79) Cromer a. a. O. §. 42. bei Rudniki p. 95. Offertorialium vero deservitionem a Quasimodogeniti sive Conductus Paschae inclusive supputando.

80) Const. synod. p. 291. Circa oblationum et decimarum partitionem servabitur antiqua Cromeri Constitutio, videlicet, ut tantum quisque accipiat, quantum pro rata temporis deservivit.

81) Rudniki im Capitel de visitatione Parochiarum p. 294. seiner Synodales Constitutiones sagt: Postremo si sint ibi aliqui pupilli, virgines, mendici infirmi, aliaeve personae miserabiles, quae tam spiritnali quam corporali ope indigent, consolentur eos, ineantque rationem, qua illarum orbitati, pudi-

möchte diese Meinung ihre Widerlegung in dem Register zu den von Rudnicki gesammelten Synodalconstitutionen finden, wo es in Beziehung auf die unten angeführte Stelle heißt: Calendae sive strenae qua modestia petendae. Die unten angeführte Stelle von den strenae ist übrigens die einzige Gesetzstelle, welche die Ansicht des Ostpreußischen Provinzialrechts 82), daß im Ermlande die Geldkalende eingeführt sei, bestärkt.

---

citiae, egestati, valetudini consulatur et tum demum, postquam seminaverint spiritualia, non erit magnum, si corporalia metant, strenasquc quas vocant, vel porrectiones ab offerentibus ultro acctpiant.

82) Zusatz 213. §. 3. Es kann dem Kenner des Preußischen Kirchenrechts nicht entgehn, daß die strenae im Ermlande mit der Kalende in Altpreußen einen gemeinschaftlichen Ursprung, nemlich das Gebetverhör, haben, (Man vrgl. die vielen Verordnungen der Preußischen Churfürsten aus dem siebenzehnten Jahrhundert in einem Aufsatze von L. P. Hoffmann: Nachricht von der Priesterkalende in Preußen §. 6., gedruckt in den wöchentlichen Königsbergschen Frag- und Anzeigungsnachrichten vom 28. Julius 1742. Nro. 30), und bei der Lage des ringsum von Altpreußen eingeschlossenen, mit demselben in fortwährender Berührung gebliebenem Ermlande ist es leicht erklärlich, daß jene freiwilligen Gaben an die katholischen Geistlichen im Ermlande bei dem Gebetverhöre mit dem dafür in Ostpreußen gebräuchlichen Namen Kalende belegt wurden.

VI.

Ueber die rechtliche Natur des sogenannten Bürgersteiges, mit besonderer Rücksicht auf Bauwerke, welche von Privaten auf dem Bürgersteige errichtet worden.

Ein, zur Erläuterung der Vorschriften des Allgem. Landrechts Th. I. Tit. 8. §§. 78—82. dienender Rechtsfall. 1)

Von

Bobrik.

Im Sommer 1829 wurde die Königsstraße zu Königsberg in Preußen neu gepflastert. Diese Straße ist zu beiden Sei-

1) Die oben erwähnten Vorschriften disponiren:

§. 78. „Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt, oder sonst verunstaltet werden."

§. 79. „Besonders darf Niemand, ohne ausdrückliche Bewilligung der Obrigkeit, einen Kellerhals oder anderes dergleichen Nebengebäude auf die Straße zu anlegen."

§. 80. „Auch die Einrichtung von Keller- und Laden-Thüren, welche auf die Straße gehen, die Anlegung neuer oder Wiederherstellung eingegangener Erker, Löben und auf die Straße hinaus gießender Dachrinnen; die Aufsetzung von Wetterdächern und in die Straße hinein sich erstreckenden Schildern, so wie die Errichtung von Blitzableitern, darf nur unter Erlaubniß der Polizeiobrigkeit, und nach den von dieser zu ertheilenden Anweisungen vorgenommen werden."

ten mit gepflasterten, sich an die Häuser anschließenden Steigen, oder Trottoirs versehen, welche zum Gebrauche der Fußgänger dienen, in Königsberg mit dem Namen der Bürgersteige belegt werden, und von dem eigentlichen, für die Fahrenden und Reitenden bestimmten Straßendamme, durch schmale, offen liegende Abzugscanäle, oder Rinnsteine, geschieden sind. — Den, zur Umpflasterung der Straße erforderlichen Kostenbetrag, hatte Seine Majestät, der König, der Stadt zum Geschenke gemacht, und hierin lag die Veranlassung davon, daß die neue Straßenpflasterung nicht durch die Stadtcommune ausgeführt wurde 2), sondern unter unmittelbarer Leitung der Königl. Regierung zu Königsberg, als der betreffenden Provinzialpolizeibehörde, erfolgte.

Vor dem, in der Königsstraße belegenen Hause des A., befand sich seit langen Jahren eine, dem A. eigenthümlich zugehörige Barriere, welche den ganzen Bürgersteig, so weit

---

§. 81. „Uebrigens aber kann jeder Hauseigenthümer den sogenannten Bürgersteig, so weit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den §. 78. bestimmten Einschränkungen nutzen."

§. 82. „Nähere Bestimmungen über die §. 78—81. berührten Gegenstände bleiben den besondern Polizeigesetzen eines jeden Orts vorbehalten."

Mit diesen Vorschriften stimmen, so viel die §§. 78. 79. u. 81. anbelangt, auch schon der gedruckte Entwurf zum Allgem. Gesetzb. Thl. II. Abth. I. Tit. 5. §§. 59—61. und das Allgem. Gesetzb. selbst, Thl. I. Tit. 8. §§. 78. 79. und 81. wörtlich überein; nur steht in dem §. 61. des Entwurfs, der dem §. 81. des Allgem. Gesetzb. und des Allg. L. R. correspondirt, hinter den Worten: „so weit er das Steinpflaster" noch das Wort: „daselbst", welches letztere späterhin weggestrichen worden ist. — Die §§. 80 und 82. finden sich in dem Entwurfe noch nicht; sondern sind erst in dem Allg. Gesetzb. neu hinzugekommen und aus diesem unverändert in das Allgem. L. R. übergegangen.

2) Vergl. Ordnung für sämmtl. Städte der Preuß. Monarchie, vom 19. November 1808. §. 184.

derselbe sich vor dem Hause des A. erstreckte, einnahm, und welche aus funfzehn Granitpfosten bestand, die durch zwiefache, eiserne, mit Blei vergoßene Stangen, mit einander verbunden waren. Wann diese Barriere ihre erste Entstehung erhalten hatte, war unbekannt. Da dieselbe indeß den Bürgersteig verengte und der freien Passage auf demselben im Wege stand; so wurde solche auf Befehl der Königl. Regierung, des Widerspruchs des A. ungeachtet, niedergebrochen. Die weggebrochenen Granitpfosten wurden vorläufig in der Landhofmeisterstraße niedergelegt, waren jedoch dort dem öffentlichen Verkehre hinderlich. Das Königl. Polizeipräsidium zu Königsberg wies deshalb den A. zu deren Fortschaffung an, und ließ, da der A. dieser Anweisung nicht Folge leistete, die Steine auf dessen Gehöfte bringen, die, dadurch entstandenen Transportkosten, aber von dem A., der zur Zahlung derselben fruchtlos aufgefordert worden war, mit dem Betrage von 3 Thlr. 17. Sgr. 6 Pf. durch Execution beitreiben. 3)

Der A. fand sich durch alle diese Maaßregeln in seinen Gerechtsamen gekränkt. Er war des Dafürhaltens: daß die Wegbrechung der, vor seinem Hause befindlich gewesenen Barriere, den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufe, und er erhob deshalb gegen den Fiscus, in Vertretung der Königl. Regierung zu Königsberg, gerichtliche Klage. Anfänglich richtete er diese Klage blos auf Erstattung der von ihm beigetriebenen Transportkosten, weil er noch darauf rechnete, daß die Regierung ihm vielleicht im außergerichtlichen Wege sonstige, vollständige Entschädigung wegen Wegbrechung seiner Barriere, gewähren würde. Da die Königl. Regierung

3) Es bleibt zu bemerken: daß unter diesen 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf., an eigentlichen Transportkosten, 3 Thlr. 15 Sgr., und an Executionsgebühren, 2 Sgr. 6 Pf. begriffen waren.

hierauf aber nicht einging; so erweiterte der A. in der Folge seinen Klageantrag und bat,

„den Fiscus zu verurtheilen: daß derselbe

1. die Barriere vor dem Hause des Klägers, auf dem, vor demselben befindlichen Bürgersteige, wiederherstelle, und dem Kläger für den Schaden, welcher durch die Wegnahme der Barriere entstanden wäre, und bis zu deren Wiederherstellung noch entstehen würde, vollständige Genugthuung leiste;

2. für den Fall, daß die Wiederherstellung der Barriere unterbleiben müßte, den Kläger wegen der gänzlichen Entbehrung derselben vollständig entschädige;

und

3. in beiden Fällen dem Kläger die verausgabten Transportkosten, im Betrage von 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf., erstatte.“ 4)

Das Erkenntniß erster Instanz wies den A. mit seinen sämmtlichen Klageanträgen zurück. Dieser wandte darauf die Appellation ein, und bezog sich zur Begründung seiner Ansprüche noch insbesondere auf die Verjährung durch Besitz. Es wurden, seinem Verlangen gemäß, hierüber in der Appellationsinstanz auch noch zwei Zeugen vernommen. Dessen ungeachtet bestätigte aber der Appellationsrichter, in Beziehung auf die beiden ersten Klageanträge, das frühere Erkenntniß, und änderte dasselbe nur bei dem dritten Klageantrage ab, indem er den Fiscus verurtheilte: dem Kläger die verausgabten Transportkosten mit 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. zu erstatten. Nun ergriff der A. auch noch das

---

4) Die specielle Liquidation und Nachweisung des Schadens ad 1. und 2. behielt sich der A. bis dahin vor, daß sein Anspruch auf Schadensersatz rechtskräftig festgestellt sein würde.

Rechtsmittel der Revision. Es erfolgte jedoch in dritter Instanz die Bestätigung des Appellationsurtheils. —

Zur Rechtfertigung der ergangenen Appellationssentenz, dienten die nachfolgenden

Gründe:

„Es ist in der gegenwärtigen Sache darüber zu entscheiden:

1. ob die Königl. Regierung, als Provinzialpolizeibehörde, befugt war, die Barriere vor dem Hause des Klägers wegschaffen zu lassen, oder ob vielmehr dem Kläger das Recht zustand: das Fortbestehen dieser Barriere zu verlangen, und ob daher die Königl. Regierung zu deren Wiederherstellung verpflichtet ist?
2. ob dem Kläger sowohl in diesem letzteren Falle, als für den Fall, daß es bei der geschehenen Wegschaffung der Barriere sein Bewenden behalten muß, Schadloshaltung, und in welchem Umfange gebühret?
3. ob mithin der Kläger vollständigen Schadensersatz, oder doch mindestens die Erstattung der verausgabten Transportkosten von 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf., zu fordern befugt ist? —

Der Kläger, der alle diese Fragen zu seinem Vortheile entschieden wissen will, geht dabei von dem Gesichtspunkte aus: daß der Bürgersteig den Bürgern gehöre und ein ausschließliches Eigenthum der einzelnen Hauseigenthümer sei, vor deren Hause er sich befindet; daß jeder Hauseigenthümer über den, vor seinem Hause liegenden Bürgersteig, auch frei verfügen dürfe, und daß hienach der Bürgersteig keinesweges als ein Theil der Straße, der zum Gehen für das Publicum bestimmt sei, betrachtet werden könnte. Der Kläger leitet hieraus, und weil kein Gesetz verbiete, eine Barriere vor

dem Hause zu haben, auch von jeher, wie die Erfahrung lehre, von den Bürgern über den Bürgersteig nach Gutbefinden disponirt wäre, die Befugniß her: die Fortdauer der, vor seinem Hause auf dem Bürgersteige befindlich gewesenen Barriere, mithin auch deren Wiederherstellung, verlangen zu dürfen. Er glaubt, selbst für den Fall, daß das Allgemeine Landrecht ein Verbot gegen dergleichen Anlagen auf dem Bürgersteige enthielte, das Recht auf das Fortbestehen seiner Barriere doch schon durch Verjährung erworben zu haben, weil die Barriere schon seit Menschengedenken und lange vor Emanation des Allgem. Landrechts existirt hätte, die Vorschriften des letzteren mithin hier keine Anwendung finden könnten; und er führt endlich aus: daß wenn man, seiner Ansicht entgegen, unter dem Bürgersteige denjenigen Theil des Raumes zwischen den Mauern gegenüber stehender Häuser begreifen wolle, auf welchem das Publicum eben so, wie auf der Straße selbst, gehen dürfe, vor dem Hause des Klägers schon seit Menschengedenken gar kein Bürgersteig vorhanden gewesen wäre, indem die mehrgedachte Barriere jeden Andern von dem Gebrauche des Raumes, auf welchem sich dieselbe befand, ausgeschlossen habe, und dieser Raum sonach von jeher im alleinigen Eigenthume des Klägers gewesen sei.

Diese Ansichten des Klägers erscheinen jedoch, ihrem Hauptfundamente nach, durchaus unrichtig. Denn es ist eine irrige Voraussetzung: daß sich der Bürgersteig theilweise, und so weit er sich vor den einzelnen Häusern erstrecke, in dem Privateigenthum der einzelnen Bürger und Hauseigenthümer befinde. Vielmehr stellt sich der Bürgersteig, bei näherer Betrachtung, eben so, wie die Straße selbst, als eine res extra commercium dar; er gehört zu den rebus publicis, namentlich zu den rebus universitatis, und er bildet, im eigentlichsten Sinne, eine res universitatis in specie, deren Ei-

genthum der ganzen Stadtgemeinheit gehört und in Ansehung deren einzelnen Privaten nur Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse, nicht aber Eigenthumsrechte zuständig sind. Denn notorisch hat man in Preußen unter dem Bürgersteige nie etwas Anderes verstanden, als die Trottoirs, oder Fußsteige, die sich zu beiden Seiten der Straße befinden und hauptsächlich für den Gebrauch der Fußgänger bestimmt sind, mithin wirkliche Theile der Straße, im weiteren Sinne, bilden. Auch fließt dieser Begriff des Bürgersteiges schon etymologisch aus dem Worte selbst. Der in diesem zusammengesetzten Worte enthaltene Hauptbegriff, wird nämlich augenfällig durch die Silbe: „Steig", bezeichnet. Unter Steig, versteht man aber, dem allgemeinsten Sprachgebrauche zu Folge:

„einen schmalen Weg, auf welchem die Fußgänger steigen, oder gehen, zum Unterschiede von dem breiteren Wege für Fahrende und Reitende;" 5)

---

5) Adelung Grammatisch-kritisches Wörterb. der Hochdeutsch. Mundart. 2te Aufl. Th. 2. S. 371.; Campe Wörterb. der deutschen Sprache. Th. 4. S. 615. sub voce: „Steig." — Bürgersteig, findet sich weder bei Adelung noch bei Campe; auch habe ich wegen dieses Wortes Seume Kleines Deutsches Lexic. Nürnb., 1731., (2te Aufl. Frankf. u. Lpz., 1733.,) Richey Idioticon Hamburgense. Hamb. 1755., Strodtmann Idiotic. Osnabrug. Leipz. und Altenb., 1756., Tilling Bremisch-niedersächs. Wörterb. Bremen, 1767., Zaupser Baierisch. und oberpfälzisch. Idiotic. München, 1789., Reinhard Hennebergisch. Idiotic. Berl. u. Stett. 1793., Schütze Holsteinisch. Idiotic. Hamb., 1800., Höfer Etymol. Wörterb. der in Oestreich üblich. Mundart. Linz, 1815., und Schmeller Bayerisch. Wörterb. Stuttg. u. Tübing., 1827., vergeblich nachgeschlagen. Eben so wenig ist das gedachte Wort in einem der mir zur Einsicht offen gestandenen, deutschen Particular- und Statutarrechte anzutreffen gewesen, und Ausländer haben mich versichert: daß ihnen selbiges außerhalb Preußen niemals zu Ohren gekommen wäre. Man kann daher wohl als gewiß annehmen: daß dasselbe nur in den Preußischen Landen, und auch in diesen nicht in allen Provinzen, oder

und durch die Zusammensetzung von Bürger-Steig, soll daher nur ein Fußsteig bezeichnet werden, der zum gemeinsamen Gebrauche sämmtlicher Bürger dient, da bekanntlich unter dem Ausdrucke: Bürger, nicht nur die eigentlichen Mitglieder einer städtischen Gemeinheit, welche das Bürgerrecht gewonnen haben, sondern häufig auch alle Einwohner einer Stadt ohne Unterschied, und selbst alle Genossen eines Staatsverbandes, begriffen werden. 6) Die Erfahrung bestä-

---

Gegenden im Gebrauch sei, mithin der Allgemeingültigkeit entbehre, und hieraus wird denn auch das „sogenannten" im §. 81. Tit. 8. Thl. 1. des Allgem. Landr. erklärlich. — Daß das Wort auch in Berlin einheimisch sei, erhellet übrigens aus dem weiter Folgenden, so wie aus G. J. Bretzing Repertorium der Polizeigesetze für Berlin und Charlottenburg. Berl., 1814., wo sich mehrere den Bürgersteig betreffende Localverordnungen angeführt finden. Auffallen könnte es dagegen: daß Bürgersteig, selbst bei Hennig (s. dessen Preußisches Wörterb. Königsb., 1785.) vergebens gesucht werde, wenn es nicht bekannt wäre, daß das Hennigsche Idioticon überhaupt an großer Unvollständigkeit leide.

An einem allgemein geltenden Ausdrucke für den Begriff, der durch Bürgersteig bezeichnet wird, gebricht es der deutschen Sprache noch. Bretzing a. a. O., S. 27., stellt neben Bürgersteig: „Laufbahn", und setzt in einer Parenthese darunter: „i. e. gepflasterte Trottoirs." — Bei den Chausseen werden diese Trottoirs Banquets genannt. S. Anhg. zum Chausseegeld-Tarif, vom 29. Mai 1822. §. 5. (Gesetz-Samml. für die Königl. Preuß. Staaten. Jahrg. 1822. № 11. S. 171.) Strafbestimmungen zum Chausseeg.-Tarif, vom 28. April 1828. §. 10. 11. (Ges. Samml. Jahrg. 1828. № 10. S. 67.) Wahrscheinlich schreibt sich hieraus die Benennung: Bänke, oder Fußbänke her, die man in einigen Gegenden Deutschl. den Trottoirs beilegen soll.

6) Danz Handbuch des heutig. deutsch. Privatrechts. Bd. 4. §. 423. S. 282. — Selbst die sich im Staate für längere, oder kürzere Zeit aufhaltenden Fremden, (subditi temporarii, peregrini transeuntes), werden unter den Bürgern, im weitesten Sinne des Worts, mit verstanden.

tiget auch die Richtigkeit dieses Begriffs vom Bürgersteige, indem der tägliche Augenschein lehrt, daß der, mit dem Namen des Bürgersteiges belegte Raum, von einem Jeden aus dem Publicum ohne Behinderung begangen wird; und daß auch in rechtlicher und polizeilicher Beziehung mit dem Ausdrucke: „Bürgersteig", nur der vorstehend entwickelte Sinn verknüpft werde, erhellet eines Theils schon aus dem Zusammenhange, in welchem der, wegen des Bürgersteiges disponirende §. 81. Tit. 8. Thl. I. des Allgem. L. R., mit den, von den Straßen und öffentlichen Plätzen handelnden §§. 78. 79. u. 80. a. a. O., steht, andern Theils aber auch aus dem Rescripte des Königl. Justizministeriums vom 8. Mai 1799, 7) und ganz besonders aus den,

---

7) S. Novum Corp. Const. March. Bd. X. S. 2435., imgleichen W. G. von der Heyde Repertorium der Polizeigesetze und Verordnungen in den Königl. Preuß. Staaten. Halle, 1820. Thl. 2. S. 566. 567. — Dieses, an das vormalige Polizeidirectorium zu Berlin ergangene und unterm 20. Mai 1799 auch dem dortigen Kammergerichte zur Beachtung communicirte Rescript, welches die „Abstellung verschiedener Hindernisse, wodurch die Passage auf dem Bürgersteige in den dortigen Residenzien verengt und zum Theil völlig gehemmt würde," bezweckte, untersagte den in Holz arbeitenden Professionisten, der Regel nach: Nutzholz vor ihren Wohnungen auf den Bürgersteig, oder auf den Straßendamm zu legen, und gestattete denselben die Niederlegung von Nutzholz auf die Straße, und zwar auf den Damm, ausnahmsweise nur dann, „wenn der Fahr= und Fußweg dadurch nicht geschmälert würde und es ihnen an dem nöthigen Hofraume fehle". Zugleich wurde jedoch festgesetzt: „daß diese Connivenz mit dem Tode der damals lebenden Meister und Meisterwittwen, wenn sie Eigenthümer wären, erlöschen, und auf den künftigen Besitzer ihrer Häuser nicht übergehen, dergleichen Professionisten auch überhaupt nicht eher erlaubt sein solle, ein Haus zum Behuf ihres Gewerbes zu kaufen, als bis sie nachgewiesen hätten, daß bei demselben hinreichender Platz zur Aufbewahrung des nöthigen Bedarfs an Nutzholze vorhanden wäre." — Wegen der zur Miethe wohnenden, in Holz arbeitenden Professionisten, wurden eben=

wegen der Trottoirs, oder sogenannten Bürgersteige, für Königsberg ergangenen Regierungsverfügungen vom 9. Februar 1816 und 20. Mai 1816. 8) Denn diese Regie:

---

falls besondere Festsetzungen getroffen, und am Schluße des Rescripts heißt es: „Die Grob: und Hufschmiede, welche auf dem Bürgersteige „Schleifsteine, Nothställe und Schraubstöcke errichtet haben, sollen nach „gleichen Grundsätzen, welche auch der Disposition des Allgem. L. R. „Th. 1. Tit. 8. §. 79. 81. 82. völlig conform sind, behandelt werden, „indem die Sicherheit und Bequemlichkeit des Publicums jederzeit den „Privat:Bequemlichkeiten und Concurrenzen vorgehen müssen, und die „tägliche Erfahrung lehrt, wie gefährlich alle dergleichen Hindernisse „auf dem Bürgersteige und den Straßen für die Fußgänger sind." — In Folge dieser Festsetzungen, wurde demnächst auch das Kammergericht mittelst Rescripts des Justizdepart. vom 10. Juni 1799 (s. Nov. Corp. Const. March. Bd. X. S. 2542. — Stengel Beitr. Bd. 8. S. 143. — von der Heyde a. a. O. Thl. 2. S. 567) angewiesen: „in Zukunft in seine Hypothekenbücher keinen Kaufcontract wegen eines Grundstücks für einen Zimmermann, Böttcher, Stellmacher, Tischler, Röhrmacher, Grob: und Hufschmid eher einzutragen, als bis durch ein Attest des Berliner Polizeidirectorii nachgewiesen worden, daß bei dem erkauften Hause hinlänglicher Raum sei, um die Materialien zum Betrieb des Gewerbes darin zu lassen."

Eine Erneuerung der Vorschriften des Rescr. vom 8. Mai 1799 erfolgte für Berlin durch die Verordn. vom 29. August 1810., (s. Bretzing a. a. O. S. 72. 73.) aus welcher zugleich einige sinnentstellende Druckfehler in dem gedachten Rescr., welche sich sowohl in der Edictensamml., als bei von der Heyde a. a. O. befinden, verbessert werden können, wenn man, nach Anleitung dieser Verordn., voraussetzt: daß die ausnahmsweise nachgegebene Niederlegung von Nutzholz auf den Straßendamm, nur auf vier Stücke Nutzholz beschränkt sein sollte.

8) S. F. Richter Handb. über die wichtigsten Polizei:Vorschriften für die Haupt: und Residenzstadt Königsberg. — Königsb. 1827. S. 117. no. 8. (Eine frühere Ausg. erschien zu Königsb. 1810 unter dem Titel: „Auszug der wichtigsten allg. Polizei:Verordnung. für Königsberg.") — Die, im Text erwähnten Regierungsverfügungen sind, als bloße Instructionen für die städtischen Baubeamten, außer:

rungsverfügungen, nach deren Inhalt die Straße, im weiteren Sinne, aus der eigentlichen Straße, (dem Fahrwege), und den, zu beiden Seiten der Straße hinlaufenden Trottoirs, oder Fußsteigen, besteht, legen deutlich an den Tag, daß sie den Bürgersteig als einen wirklichen Theil der Straße betrachten. Unter diesen Umständen läßt sich aber die rechtliche Natur des Bürgersteiges, als einer res publica, um so weniger bezweifeln, als von dem Kläger selbst der Straße diese Eigenschaft zugestanden wird, und das, was von dem Ganzen gilt, auch von dessen einzelnen Theilen gelten muß. Ja, selbst wenn man mit dem Kläger die Bezeichnung: „Bürgersteig," blos auf die eigentlichen Bürger der Stadt beziehen wollte, würde daraus doch noch nicht folgen, daß durch jene Bezeichnung das privative Eigenthum der einzelnen Bürger an diesem Steige angedeutet werden solle. Vielmehr würde unter dem Bürgersteige, in der gedachten Beziehung, nur der Fußsteig verstanden werden können, der sich vor den Häusern der Bürger befindet, und nicht nur dem allgemeinen Gebrauche des gehenden Publicums, sondern auch noch, in Gemäßheit des §. 81. Tit. 8. Thl. I. des Allgem. L. R., der besondern Benutzung der Hauseigenthümer, die eben als solche auch zugleich eigentliche Bürger sind, 9) unterworfen ist.

---

dem nicht durch den Druck bekannt gemacht worden, und setzen unter andern fest: — „In allen Straßen, welche 30 Fuß Breite haben, sollen bei Umlegung des Steinpflasters, von beiden Seiten Fußsteige angelegt werden." — „Die Normalbreite der Straße ist in diesem Fall auf 18 Fuß und für jeden Fußsteig auf 6 Fuß festgestellt. Eine größere Breite wird nach dem angegebenen Verhältniß vertheilt." — „Eine Straße unter 30 Fuß breit, erhält zu beiden Seiten schmale Bürgersteige von 3 bis 4 Fuß Breite mit einem sanften Abhange gegen den Rinnstein." — „Die Trottoirs sind höher als die Fahrstraße anzulegen. — —"

Steht hienach aber die Eigenschaft des Bürgersteiges, als einer res publica fest; so kommt es in Ansehung der Frage:

ob der Kläger befugt war, das Fortbestehen der, vor seinem Hause befindlich gewesenen Barriere, zu verlangen, und ob er gegenwärtig mithin deren Wiederherstellung fordern darf?

zunächst auf eine nähere Untersuchung darüber an: in wie fern und in welchem Umfange, von einzelnen Bürgern und Privaten Gebrauchs- und Nutzungsrechte in Betreff des Bürgersteiges ausgeübt werden dürfen?

In dieser Beziehung galt nun schon nach den Bestimmungen des Römischen Rechts das Prinzip: daß an allen öffent-

---

9) Städteordnung vom 19. November 1808. §. 23. — Nach dem Allgem. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 18. 60. 73. war zwar die Verpflichtung zur Gewinnung des Bürgerrechts blos an den städtischen Betrieb eines bürgerlichen Gewerbes geknüpft. Allein, abgesehen davon, daß die Bestimmungen des Allgem. Landr. durch Provinzial- und Statutarrechte manche Modification erlitten, (s. z. B. Ostpreuß. Provinzialr., Zusatz 124. und folg.) und daß namentlich schon mehrere Statutarrechte die Gewinnung des Bürgerrechts auch zum Besitze eines städtischen Grundstücks erforderten; so kann überhaupt wohl als Regel angenommen werden: daß auch schon früher diejenigen, die in der Stadt mit Grundstücken angesessen waren, zugleich das Bürgerrecht erworben hatten, indem von dem Erwerb desselben die Fähigkeit zur Theilnahme an den, nur den eigentlichen Bürgern zustehenden Rechten und Nutzungen, abhängig blieb. (Allgem. L. R. a. a. O. §§. 13. 27. 108. 109. 159.) Auch setzt der §. 23. der Städteordn., seiner Fassung nach, es offenbar nur als Ausnahme voraus: daß Jemand Grundstücke in einer Stadt erworben und doch nicht das Bürgerrecht besessen haben sollte. — Vergl. übrigens noch: Bielitz Prakt. Kommentar zum allgem. Landr. Bd. 6. §. 18. u. folg. S. 158. — Die Revidirte Städteordn. vom 17. März 1831. (Ges. Samml. Jahrg. 1331. № 3. S. 10. u. folg.) hat Tit. III. §. 15. zum Theil andere Grunds. über die Verpflichtung zur Erwerbung des Bürgerrechts aufgestellt.

lichen, zum gemeinsamen Gebrauch bestimmten Orten und Plätzen, von Einzelnen keine Anlage gemacht werden dürfe, durch welche diesem gemeinsamen Gebrauche irgend ein Eintrag geschehe, und daß namentlich auf allen öffentlichen Straßen und Wegen keine Privatbauwerke und sonstige Anlagen zu dulden seien, durch welche die Straße verengt, oder für den Verkehr des Publicums auf derselben eine Störung, Gefahr, oder Unbequemlichkeit herbeigeführt werde. Der Pandectentitel: Ne quid in loco publico vel itinere fiat., (43. 8.), liefert hiefür vielfache Beläge, die keinen Zweifel darüber übrig lassen, daß alle, auf öffentlichen Plätzen oder Straßen gemachten Anlagen der Privaten, so bald dadurch der, dem Publicum zuständige, gemeinsame Gebrauch, in irgend einer Art beschränkt wurde, ohne Verzug weggeschafft werden mußten. 10) Es fand wegen Wegschaffung solcher

---

10) Fr. 1. D. Ne quid in loc. publ. vel itin. fiat. (43. 8.) „In loco publico Praetor prohibet aedificare, et Interdictum proponit." — Fr. 2. pr. eod. „Praetor ait: Ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur: preterquam quod lege, senatus consulto, edicto, decretove Principum tibi concessum est: de eo, quod factum erit, interdictum [non] dabo." *) — Fr. 2. §. 1. eod. „Hoc Interdictum prohibitorium est." — Fr. 2. §. 2. eod. „Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet Civitatis, non quasi propria cujusque: — —." — Fr. 2. §. 5. eod. „Ad ea igitur loca hoc Interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt: — —." — Fr. 2. §. 10. eod „Merito ait Praetor, qua ex re quid illi damni detur. — —". — Fr. 2. §. 11. eod. „Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit." — Fr. 2.

---

*) Ueber die Nothwendigkeit der Negation, die in einigen Handschriften fehlt, s. Haubold in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 3. S. 371. Anmerk. 35

Anlagen, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder aus dem Interdicte Ne quid in loco publico fiat, oder aus dem Interdicte Ne quid in itinere publico fiat, die theils als prohibitorische 11), theils als restitutorische 12) Rechtsmittel in Anwendung kommen konnten, ein abgekürzteres, summarisches Verfahren Statt, und wenn gleich die Bestimmungen des erwähnten Pandectentitels sich eigentlich nur

---

§. 12. eod. „Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior, aut angustior, Interdicto opus est.“ — Fr. 2. §. 17. eod. „Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis Urbs deformetur: et quia prohibitorium est Interdictum, non restitutorium. Si tamen obstet id aedificium publico usui: utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere: — —.“ — Fr. 2. §. 20. eod. „Ait Praetor: In via publica itinereve publico facere, immittere quid, quo ea via idve iter deterius fit, fiat, veto.“ — Fr. 2. §. 21. eod. „Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est: — — viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur.“ Fr. 2. §. 32. eod. „Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est: si usus ejus ad commeandum corrumpatur, hoc est, ad eundum vel agendum: ut cum plana fuerit, clivosa fiat, vel ex molli aspera, aut angustior ex latiore, aut palustris ex sicca.“ — Fr. 2. §. 35. eod. „Praetor ait: Quod in via publica, itinereve publico factum, immissum habes, quo ea via, idve iter deterius fit, fiat, restituas.“ — Fr. 2. §. 36. eod. „Hoc interdictum ex eadem caussa proficiscitur, ex qua et superius: et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est.“

11) Fr. 2. §. 1. 17. 20. D. eod.

12) Fr. 2. §. 17. 36. 43. — Fr. 7. D. eod — Vrgl. übrigens Lauterbachii Colleg. Pandect. Theoretico-Practic. Edit. 6ta. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. VIII. p. 435. seq. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. 2. §§. 290. 292. S. 335. 336.

auf die Landstraßen beziehen 13); so galten in Ansehung der städtischen Straßen doch ganz die nämlichen Grundsätze 14), und es waltete eine Verschiedenheit bei beiden nur in Bezug auf die Obrigkeiten ob, welche in vorkommenden Fällen zu entscheiden hatten. Selbst Baulichkeiten, welche blos die Re=

---

13) Fr. 2. §. 24. D. eod. „Hoc Interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus."

14) Dies erhellet nicht nur bereits aus der, unter dem Namen des Aes Britanicum bekannten, ersten Hälfte der Tafel von Heraclea, Cap. 4. Lin. 68—72.: — „Quae loca publica, porticusve publicae, in urbe Roma, propiusve urbem Romam passus (mille) sunt, erunt, — — ne quis in iis locis inve iis porticibus quid inaedificatum immolitumve habeto, neve ea loca, porticumve quam possideto, neve eorum quod septum clausumve habeto, quo minus eis locis porticibusque populus utatur, pateantve; nisi quibus utique legibus, plebisve scitis senatusve consultis, concessum, permissumve est." — (Vergl. F. C. Conradi „Fragmentum Legis Antiquae" etc. in dessen Parerg. Lib. III. pag. 375. 376. seq., — Hugo Civilist. Mag. Bd. 3. S. 365. 366., — und vorzüglich den trefflichen Kommentar zum Aes Britan. von Dirksen, in dessen Civilist. Abhandl. Bd. 2. S. 289 und folg.); sondern wird auch durch die Justinianischen Rechtsquellen bestätiget: — Fr. unic. §. 2. D. De via public. et si quid in ea factum esse dicat. (43. 10.) — „Curent autem" (scil. Aediles) „ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid. Si autem servus quidam fuerit, ab obviante fustigetur: si liber demonstretur Aedilibus: Aediles autem mulctent secundum legem, et quod factum est, dissolvant.„ — S. auch Fr. 1. §. 1. D. De via publ. et itin. publ. refic. (43. 11.) u. Const. 6. 14. C. De operib. publ. (8. 12.)

Mit welchem Eifer die Römische Polizei überhaupt darauf bedacht war, alle Störungen abzuwenden, durch welche dem freien Verkehre auf der Straße Eintrag gethan werden könnte, lehrt uns das Fr. 12. D. De pericul. et commod. rei vend. (18. 6.), Inhalts dessen ein Aedil Jemandes gekaufte Bettstellen blos um deshalb zerschlug, weil sie ordnungswidrig auf öffentlicher Straße niedergesetzt waren und dort der Passage hinderlich werden konnten.

gelmäßigkeit und Wohlgestalt der Straßen verletzten, mußten ohne Anstand weggebrochen werden 15), und da auch ein Theil der Römischen Straßen bereits neben dem Fahrwege Trottoirs für die Fußgänger hatte 16); so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß in Ansehung dieser Trottoirs die, in Betreff der via publica und des iter publicum

---

15) Const. 6. C. De operib. publ. (8. 12.)

16) Der Beweis hiefür kann durch mehrfache Beläge aus den Classikern und außerdem auch wieder durch die Tafel von Heraclea geführt werden, indem diese letztere Cap. 2 Lin. 53—55. die Vorschrift enthält: „Cuius ante aedificium semita in loco erit, is eam semitam, ei aedificio perpetuo lapidibus perpetuis integris continentem, constratam recte habeto, arbitratu eius Aedilis, cuius in ea parte hac lege viarum procuratio erit.“ — (Vergl. Conradi loc. cit. pag. 373. 405., Hugo a. a. O. S. 361. u. Dirksen a. a. O. S. 208. 271.) — Denn daß semita einen, neben dem eigentlichen Straßendamme als Trottoir hinlaufenden Fußsteig, (bei den Heerstraßen auch margo genannt,) bezeichne, ist eben so unzweifelhaft, als daß man dergleichen Trottoirs stets als integrirende Theile der Straße betrachtete. — (Vergl. Bas. Fabri Thesaur. Erudit. [Ausgabe von 1672.] sub voce: „semita.“ pag. 530.; — Nic. Bergierius (Bergier.) De publ. et militar. Imper. Roman. viis. Lib. II. Sect. VIII. §. 6. Sect XXXI. §. 2. 3. in I. G. Graevii Thesaur. antiquit. Roman. Tom. X. pag 110. 174. seq.; — (in der erst angeführten Stelle, wo Bergier von den Theilen der Straße handelt, wird bemerkt: „Partes hae consideratae secundum Latitudinem, quae intra suos limbos et oras hinc et inde continetur et nonnihil in medio assurgit, nobis dant geminos Margines et medium Aggerem.“) — Conradi l. c. p. 405. seq.; L. Doederlein Latein. Synonyme u. Etymolog. Th. 4. S. 65. 66 no. 5.; endlich Aeg. Forcellini Tot. Latinit. Lexic. Tom. 4tus. pag. 78. sub voce: „semita“.

Der Zusatz: „in loco“, in der Tafel v. Heraclea, hat, beiläufig bemerkt, die Aufmerksamkeit der Ausleger, (mit Ausnahme Conradi's,) ganz besonders beschäftiget. Mazochi hält dafür: in loco solle so viel, als suo loco sagen, und bezieht sich dabei auf das bekannte, Horazische: „Dulce est desipere in loco.“ (Od. L. IV. Od.

geltenden Grundsätze, ebenfalls zur Anwendung kommen mußten.

12.)*). Marezoll vermuthet: daß locus, absolut gesetzt, wohl mit locus vacuus gleich bedeutend sein möge**), und Dirksen (a. a. O. S. 271. 272.) nimmt an: daß in loco für in loco publico stehe, weil in der Tafel von Heracl. auch im Cap. 3. Lin. 56—59. und im Cap. 4. Lin. 70—73. der Ausdruck loca für loca publica vorkomme, diese Bedeutung auch den juristischen Quellen nicht ganz fremd wäre. — Es sei mir indeß erlaubt, auch gegen diese letztere Ansicht noch einen bescheidenen Zweifel laut werden zulassen. Ohne verabreden zu wollen, daß die angegebene Bedeutung von locus durch die juristischen Quellen unterstützt werden möge, scheint es mir nämlich doch nothwendig, daß da, wo locus für locus publicus genommen werden solle, ein entscheidender Grund hiezu obwalten müsse. An einem solchen dürfte es aber im vorliegenden Falle gebrechen, und insbesondere dürfte auf die von Dirksen angezogenen, anderweiten Stellen der Tafel v. Heracl., wohl kein eigentliches Gewicht gelegt werden können. Denn in beiden citirten Stellen steht loca niemals für sich allein da, sondern stets in Verbindung mit dem pronom. demonstrat.: „iis locis, ea loca, eis locis“, bezieht sich mithin auf ein früheres Subjekt, und bezeichnet, in dieser Verbindung, loca publica blos um deshalb, weil von solchen unmittelbar vorher ausdrücklich die Rede gewesen ist. Hieraus kann aber nichts für die nämliche Bedeutung von locus in andern Stellen, wo es an einer gleichen Verbindung gebricht, gefolgert werden. Außerdem dürfte eine besondere Bestimmung darüber: daß nur der Unterhalt der semita aedificio continens den Hausherrn zur Last falle, nicht auch der Unterhalt des Fußsteiges, der auf der entgegengesetzten Seite der Straße an ein öffentliches Gebäude angrenzte, kaum erforderlich gewesen sein. Denn schon früher war ja, wie auch Dirksen selbst (a. a. O. S. 234. u. folg.) anerkennt, das Princip aufgestellt: daß jeder Privatgrundbesitzer die öffentliche Straße nur bis zur Hälfte ihrer Breite zu dämmen brauche, in Ansehung der andern Hälfte der Straße, aber die Baulast

---

*) Hugo a. a. O. übersetzt hiernach auch unsere Stelle: „vor wessen Gebäude ein Fußsteeg an seinem Orte sein wird,“ u. s. w.

**) Die Schriften von Mazochi und Marezoll sind mir nicht zur Hand; ich folge hier daher Hugo's und Dirksen's Angaben.

In wie fern nun diese Grundsätze auch in Deutschland Aufnahme gefunden haben, läßt sich zwar nur nach den einzelnen Particular- und Statutarrechten, und nach den besondern Polizeiordnungen jedes Orts mit Sicherheit bestimmen. Wenn man indeß auch auf der einen Seite nicht bezweifeln darf, daß das Princip des Römischen Rechts selbst, im Wesentlichen, wohl überall anerkannt worden sei, indem ohne

---

von dem gegenüber gelegenen Privatgrundbesitzer, oder, wenn sich dort eine res publica befinde, von dem Staate übernommen werden müsse; woraus sich denn die Anwendung auf die semita, als Theil der Straße, eigentlich schon ganz von selbst machte. Rechnet man nun noch hinzu, daß es in unserer Stelle nicht, wie außerdem so oft in der Tafel, heißt: Cuius ante .... semita .. est, erit; sondern schlechthin erit; so dürfte sich Mazochi's Erklärung von in loco doch vielleicht vertheidigen lassen, besonders wenn man damit zugleich die Worte: „arbitratu eius Aedilis" etc. in Verbindung bringt. Man könnte dann etwa übersetzen: Vor wessen Gebäude, (nach dem Ermessen des competenten Aedils), ein Fußsteig der Oertlichkeit angemessen befunden werden wird, der soll u. s. w., und annehmen: daß unsere Stelle nur von neu anzulegenden Fußsteigen spreche. Wo nämlich in einer Straße schon dergleichen Steige vorhanden waren, bedurfte es, nach dem Angeführten, eigentlich keiner besondern Bestimmung wegen deren Unterhaltung. Wohl aber konnte eine solche für neu anzulegende Fußsteige nothwendig erachtet werden, weil nun den betreffenden Grundstücksbesitzern eine neue, ihnen bis dahin nicht obgelegene Last zufiel, indem bekanntlich die Pflasterungsweise der Trottoirs, von der des eigentlichen Straßendammes ganz verschieden war und einen größern Kostenaufwand erheischte. Vielleicht ließe sich für diese Ansicht auch noch anführen: daß zur Zeit der Abfassung der Heracleensisch. Tafel wohl verhältnißmäßig erst wenige Straßen mit Trottoirs versehen sein mochten. Denn noch bei dem Brande Roms unter Nero wurde der Verheerung, welche das Feuer anrichtete, nach dem Zeugnisse des Tacitus, (Annal. Lib. XV. cap. 38.), durch die engen und irregulären Straßen, („artis itineribus, hucque et illuc flexis)," die für Trottoirs wohl keinen Raum hatten, großer Vorschub gethan *).

---

*) Sollte sich für die Erklärung unserer Stelle nicht auch noch vielleicht Tacitus (Annal. Lib. XIII. cap.

dasselbe die öffentliche Wohlfahrt nicht bestehen konnte 17); so zeigt doch auch auf der andern Seite die Erfahrung, daß

---

17) Es ist mir nur wenige deutsche Partic.-Rechte einzusehen vergönnt gewesen. Die eingesehenen enthalten jedoch mehr, oder weniger, ähnliche Vorschriften, wie das Römische und Preuß. Recht, und verbieten insbesondere die eigenmächtige Anlage von Kellerhälsen, Erkern, Löben und andern, die Straße verengenden Nebengebäuden; so: das Lübische R. Lib. III. Tit. XII. §§. .I. XIII., (vgl. auch den ältesten Coder von 1240., Art. LXV., in de Westphalen Monum. inedit. rer. germanic. Tom. III. p. 647.) das jedoch im Ganzen weniger das öffentliche Wohl, als den Vortheil der nächsten Nachbaren des Bauenden berücksichtigte; (erst am 18. Aug. 1675 erging eine Verordnung des Raths, durch welche den Zimmer- und Mauerleuten untersagt wurde: „Jemanden einige neue Ausbauels an seinem Hause, nach der Gasse hin, zu bauen oder anzubauen, wenn gleich die Nachbaren darin consentiret." — S. Dreyer Einleit. zur Kenntniß Lübeksch. Verordn. S. 197. no. VII.) ferner der Stadt Hamburgk Gerichtsord. u. Statut. Thl. II. Tit. XX. Art. 4. 9.; (im Art. 9. wird unter Andern festgesetzt: „Es sollen auch alle Klevelappen, so jetzo vorhanden, abgeschaffet werden," *) imgleichen die alte Bauordn. der Stadt Berlin v. 30. Nov. 1641., abgedr. in Hoffmann's Repertor. Th. 1. Anhg. S. 538., auch in Behmeri Otia in otio minime otiosi. Lemgov. 1772. T. 2. p. 201., §§. 1--4. §. 17. (Nachdem in den §§. 2. u. 3. die Anlage von Erkern und Kellerhälsen untersagt worden, heißt es im §. 4.: „Es unterstehen sich auch viele Bürger, daß sie auf den freien Straßen, — Säu- und Schweineställe machen, welches E. Edler Rath durchaus nicht leiden, noch haben will.") — Auch in den alten Statuten der Stadt Hadersleben v. J. 1292., (s. die deutsche Uebersetzung derselb. bei de Westphalen loc. cit. Tom. IV. p. 1977. seq.) ist im Art. 39., unter der Ueberschrift: „Ob jemand der gemeinen Stadt Fahr Weg beleget", schon eine Verordnung gegen die Anmaaßungen der Privaten über die öffentliche Straße, anzutreffen. — (Vergl. übrigens noch: Beiträge zum

---

41. — „Et Corbulo castra in loco metatus" etc. —) benutzen lassen?

*) Richey in seinem Idiotic. Hamburg. p. 122. (s. Anmerk. 5.) erklärt Klevelappen durch: adstructiones ligneae, Buden u. dergl. aus Brettern zusammengeschlagene Gebäude, die gleichsam wie Lappen an die größeren angeflickt, oder angeklebt werden.

man über die wirkliche Befolgung desselben, in Deutschland früher, und bis auf die neuere Zeit, weniger streng gewacht, und manche Abweichungen von jenem Prinzip zugelassen habe. Es ist bekannt, daß nach dem ersten Entstehen der Städte, in dem nördlichen Deutschland volle zwei Jahrhunderte verflossen, ehe man nur mit Pflasterung der Straßen den Anfang machte. 18) Die Sicherheit, Bequemlichkeit und Zierlichkeit der Straßen, blieben, da man früher der Polizeipflege überhaupt weniger Sorge widmete, lange vernachläßiget, und noch gegenwärtig wird man daher in mehreren deutschen Städten Anlagen und Baulichkeiten mancherlei Art gewahr, durch welche die Straße und der Bürgersteig verengt und Sicherheit und Bequemlichkeit der Passage oft nicht wenig beeinträchtiget werden. 19) Daß das Nämliche auch von den

---

Pommersch. Provinzialr. I. Dritt. Absch. no. 3. und die Stettinsch. Bauordn., in von Kamptz Jahrb. H. 56. S. 236. 253. u. folg.)

18) Manche Städte erhielten jedoch schon frühe gepflasterte Trottoirs. So verordenet schon im vierzehnten Jahrh. das ältere Soester Stadtrecht, (Dey AVDE SCHRAE der Stat van Soist.) im Art. CLIX.: „eyn juwelich Man eder Vrowe. dey binnen Zust wonachtich zint. solen laten maken dey Weghe dey ghehelen zint Votp ede. vor erme Erve. dar sal men to don to dem ersten. Sten und Grant.;“ — etc.; was demnächst auch in der neuen Soester Schrae im Art. LXXIV. wiederholt ist. (S. Emminghaus Memorabilia Susatensia, in documentor. Part. 3. No. III. p. 137. seq. und No. IV. p. 199. seq.).

19) Selbst in Berlin haben die Bürgersteige erst in neuester Zeit immer mehr an Wegsamkeit und Bequemlichkeit gewonnen, (S. den Aufsatz; „Berlin in polizeilicher Rücksicht.“ in den „Beiträgen zur Erleichterung des Gelingens der prakt. Polizei von Merker.“ Fünfter Jahrg. [1827.] No. 28.) und noch fortdauernd ergehen neue, auf diesen Zweck hinwirkende Verordnungen, zu denen aus jüngster Zeit auch die Polizeil. Verordn. v. 23. April 1829, erneuert am 19. April 1832, wegen der Vorfenster und Schauspinden, welche vor

Städten des östlichen Preußens, und insbesondere von Königsberg gelte, beruht in der Notorietät, und mochte auch ursprünglich zu solchen Anlagen niemals, oder nur selten, von den Ortspolizeibehörden eine ausdrückliche Erlaubniß ertheilt worden sein; so hatten sich dieselben doch der stillschweigenden Genehmigung und Duldung von Seiten jener Behörden zu erfreuen. 20)

Mit der Barriere auf dem Bürgersteige vor dem Hause des Klägers, hat es ganz dieselbe Bewandniß gehabt. Der Kläger hat nicht nachzuweisen vermocht, daß ursprünglich zu dieser Anlage eine ausdrückliche, polizeiliche Autorisation, ertheilt worden sei. Daß die Barriere aber seit langen Jahren ohne Einspruch bestanden habe, ist, weggesehen von den in zweiter Instanz beigebrachten Zeugnissen, in örtlicher Notorietät gegründet. Das Dasein dieser Barriere konnte auch den Polizeibehörden des Orts und der Provinz nicht unbekannt bleiben, und es liegt hienach am Tage: daß diese Behörden jene Anlage während der Zeit ihres Bestehens, und bis zum Sommer des Jahrs 1829, stillschweigend genehmiget und geduldet haben.

Entsteht nun aber die Frage: ob durch diese Connivenz

---

der Fluchtlinie der Straße hervortreten, gehört. (Vergl. Amtsbl. der Königl. Reg. zu Potsdam u. d. Stadt Berlin. April, 1832., 17tes Stück, S. 130—132., imgleichen: Beilage zur Berlinischen Zeit. v. 26. April 1832. No. 98.)

20) Dies gehet insbesondere aus der Neu Verbesserten Willkühr der Alt=Stadt Braunsberg v. J. 1743. hervor, wo es Th. 3. Cap. 2. Art. 5. heißt: „Da bishero in Ermangelung einer Bau=Ordnung das auffbauen von Schauern, Fenstern und andern ungewöhnlichen außgebäuden zur merklichen Unzierde der Stadt eingerissen, und fast überhand genommen, dergestalt daß die an sich enge Land=Strasse dadurch von Zeit zu Zeit noch mehr geschmälert wird. Als soll solches —" u. s. w. — In ähnlicher Art äußert sich auch die Neurevidirte Willkühr der Stadt Danzig v. J. 1761. Th. 3. Cap. 8. Art. 1.

der Polizeibehörden dem Kläger das Recht erworben wurde, auch für die Zukunft das Fortbestehen seiner Barriere zu verlangen, und ob die Königl. Regierung nicht weiter befugt war, solche wegbrechen zu lassen? so ist diese Frage verneinend zu beantworten.

Der frühere Richter, der, übereinstimmend hiemit, den Kläger mit seinem Antrage auf Wiederherstellung der Barriere zurückgewiesen hat, hat diese Entscheidung auf die Vorschriften des Allgem. L. R. gegründet, das im Wesentlichen dem Prinzip des Römischen Rechts gefolgt ist. Das Allg. L. R. stellt nämlich im §. 78. Tit. 8. Thl. I. als obersten Grundsatz an die Spitze:

> „daß die Straßen und öffentlichen Plätze nicht verengt, verunreiniget oder sonst verunstaltet werden dürfen;"

bezeichnet demnächst in den §§. 79. 80. a. a. O. mehrere Anlagen und Bauwerke, die, weil sie auf die Straße hinausgehen, oder doch die über der Straße befindliche Luftsäule einnehmen, zu ihrer Errichtung, oder Wiederherstellung, die ausdrückliche Erlaubniß der Polizeiobrigkeit erfordern; setzt hierauf im §. 81. a. a. O. fest:

> „daß übrigens jeder Hauseigenthümer den sogenannten Bürgersteig, so weit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den §. 78. bestimmten Einschränkungen nutzen könne;"

und behält, indem es sich mit diesen allgemeinen Verordnungen begnügt, im §. 82. a. a. O. die näheren Bestimmungen über alle diese Gegenstände den besondern Polizeigesetzen eines jeden Orts vor. Solchergestalt enthalten denn aber diese Landrechtlichen Vorschriften auch wirklich ein Verbot der Verengung des Bürgersteiges, woraus von selbst folgt, daß letzterer von dem Hauseigenthümer nicht mit Bauwerken besetzt werden darf. Vergebens sucht der Kläger hiegegen auszu-

führen, daß der §. 81. a. a. O., nur dahin zu deuten sei: daß bei Benutzung des Bürgersteiges nur die eigentliche Straße (der Fahrweg,) nicht verengt, verunreiniget, oder verunstaltet werden dürfe, im Uebrigen aber der Bürgersteig selbst von dem Hauseigenthümer nach Willkühr benutzt, also auch verengt werden könne, weil eine Benutzung des Bürgersteiges, ohne den Raum desselben einzunehmen, oder zu verengen, völlig undenkbar bliebe. Denn da der §. 78. a. a. O. bereits die Verengung, Verunreinigung und Verunstaltung der Straßen verboten hatte; so würde es eine zwecklose Wiederholung gewesen sein, wenn in dem §. 81. a. a. O. nur das nämliche Verbot enthalten sein sollte. Man muß deshalb die Einschränkungen, deren der §. 81. erwähnt, auf den Bürgersteig selbst beziehen, und das um so mehr, als derselbe, wie ausgeführt worden, wirklich einen besondern Theil der Straße bildet, und wenn man ihn der Straße, im engeren Sinne, (dem Fahrwege), entgegensetzen will, doch immer, seiner Bestimmung nach, zu den öffentlichen Plätzen gehört, die im §. 78. a. a. O. den Straßen völlig gleich gestellt worden sind. Man würde sonst, und wenn man der Argumentation des Klägers folgen wollte, auch eben sowohl jede beliebige Verunreinigung des Bürgersteiges, die doch mit keiner gutgeordneten Straßenpolizei vereinbar ist, rechtfertigen können. Auch läßt sich überdem manche Benutzung und mancher Gebrauch des Bürgersteiges ohne b l e i b e n d e Verengung, oder Verunstaltung desselben denken. Daß aber nur von b l e i b e n d e n, räumlichen Einwirkungen auf den Bürgersteig, im Gesetze die Rede sei, ist klar, da sonst auch gar kein Gebrauch der eigentlichen Straße selbst, statthaft sein würde, der doch täglich und stündlich von dem Publicum ausgeübt wird. —

Unter diesen Umständen würde, wenn man den mehrgedachten §. 81. auf den vorliegenden Fall geradehin in An

wendung bringen könnte, schon hienach allein der Ausspruch des früheren Richters gerechtfertiget erscheinen. Die Vorschriften des Allgem. L. R. dürfen jedoch nicht ad praeterita bezogen werden. Es scheint daher, daß dieselben auf die Barriere des Klägers, die schon lange Zeit vor Emanation des Allgem. L. R. ihre Entstehung erhalten hatte, nicht anzuwenden seien, und daß es vielmehr nur darauf ankommen könne: ob der Kläger nach früheren Gesetzen ein gültiges Recht auf die Existenz und das Fortbestehen dieser Barriere erworben habe? 21) Daraus, daß für die Folge Verengungen und Verunstaltungen der Straßen und des Bürgersteiges untersagt worden sind, folgt unmittelbar noch nicht, daß auch alle frühere Anlagen, die diesem Verbote entgegenlaufen, weggeschafft werden müssen. Es ist dieses Letztere auch in der That in dem Allgem. L. R. nirgends verordenet. Dasselbe giebt vielmehr durch die Dispositionen in den §§. 79. 80. Tit. 8. Thl. I. zu erkennen: daß auch selbst noch in Zukunft Anlagen der gedachten Art, unter Umständen, gestattet werden können 22), und nimmt man mit dem Kläger an, daß kein früheres Verbot der Verengung und Bebauung des Bürgersteiges existirt habe; so scheint die Erwerbung eines Rechts des Klägers auf das Fortbestehen seiner Barriere an sich um so zuläßiger, als auch der Fiscus keine besonderen Localpolizeigesetze allegirt hat, in welchen die Wegschaffung aller solcher Anlagen, wie die des Klägers war, unbedingt geboten wäre. Denn nach

21) Publicat. Patent vom 5. Februar 1794. §. VIII. — Einleit. zum Allgem. L. R. §§. 10. 14.

22) Die Königl. Reg. zu Königsberg hat deshalb auch, unter Bezugnahme auf die obigen Landr. Vorschriften, den ihr untergeordneten Polizei- u. Baubehörden mittelst Erlasses vom 27. April 1826 bemerklich gemacht: „daß Fälle vorkommen könnten, wo es nothwendig und unerlaßlich werde, die Straßen zu Erkern, Löben u. dergl. zu benutzen.“

der, vom Fiscus in Bezug genommenen Regierungsverordnung vom 9. März 1807 23), sollen dergleichen Anla-

---

23) S. Richter a. a. O. (Anmerk. 8.) S. 114. no. 2. Diese Verord. vom 9. März 1807, welche sich auch in dem Amtsbl. der Königl. Pr. Reg. zu Königsb., Jahrg. 1811., No. 4. abgedruckt befindet, ist das eigentliche, für Königsb. noch jetzt geltende Localpolizeigesetz in Bausachen, welchem alle Bauunternehmer und Baumeister Folge zu leisten schuldig sind und nach welchem Contraventionen gegen dasselbe zu ahnden bleiben. Der gedachten Verordn. ist von dem Königl. Minist. des Innern ausdrücklich verbindende Kraft beigelegt worden, und das Königl. Justizminist. hat durch eine Verf. vom 11. Febr. 1812 *) festgesetzt: daß auch die Gerichte bei vorkommenden Berufungen auf rechtliches Gehör sich nach derselben in judicando zu achten haben. (Vergl. auch Rescr. des Justizm. v. 7. Mai 1819 in von Kamptz Jahrb. H. 26. S. 243—246.) Die Verord. gründet sich, im Allgemeinen, auf die Vorschr. des Allg. L. R. Thl. I. Tit. 8. §§. 78—82. Thl. II. Tit. 20. §. 763. u. folg., und jährlich erfolgt eine erneuerte Bekanntmachung derselben durch die Königsb. Intelligenzblätter. Die letzte Republication ist unterm 5. Juli 1833 geschehen. (s. Königsb. Intelligenzbl. Juli 1833., No. 167.) — In Beziehung auf den vorliegenden Fall, bestimmt die mehrerwähnte Verord.: — §. 11. „Um die Straßen zu erweitern und so viel als möglich regelmäßiger zu machen, sollen die außerhalb den Ringmauern befindliche Angebäude, Erker, Schauern, Gitter, Zäune, Kellerhälse u. s. w. wenn sie dergestalt baufällig geworden, daß sie einer Hauptreparatur bedürfen, fortgebrochen, keine neuen Anlagen der Art gestattet, auch alle vor den Häusern bereits befindliche, welche den Bürgersteig verengen, insbesondere aber die großen Freitreppen mit Potesten, nach und nach völlig abgeschafft, auch die Treppen nicht vor den Häusern, sondern innerhalb des Hausflures gelegt werden." — §. 12. „Diese Vorschrift gilt nicht allein bei Erbauung neuer Häuser, sondern auch in dem Falle, wenn eine bereits existirende Treppe entweder verändert oder neu gemacht wird." — §. 13. „Ein ohne Zulassung der Polizei gegen diese Vorschrift unternommener Neu- oder Reparatur-Bau soll mit 1—5 Thlr. Strafe beahndet, auch außerdem die Fortbrechung vollzogen werden." **)

---

*) Ungedruckt.

**) Die §§. sind nach dem Abdrucke im Amtsbl. citirt. Bei Richter sind die §§. 8. 9. 10. nachzusehen.

gen nur dann weggebrochen werden, wenn sie einer Hauptreparatur bedürfen. Es soll nur für die Zukunft die Errichtung neuer, oder die Wiederherstellung und Ausbesserung schadhafter Anlagen dieser Art untersagt sein, und es ist hiedurch von der Polizeibehörde deutlich an den Tag gelegt worden: daß sie in den schon vorhandenen Besitzstand nicht gewaltsam einschreiten, sondern Anlagen der fraglichen Art, die schon bestehen, auch noch ferner dulden, und die allmälige Abschaffung derselben nur davon abhängig machen wolle, daß solche durch die Länge der Zeit endlich in sich selbst zerfallen und zu Grunde gehen. 24) Dies bestätigen auch auf's augenscheinlichste die Regierungsverfügungen vom 24. Juni 1809 und 25. Juli 1814 25), die Regierungsverfügung vom 30. Juli 1821 26), und insbesondere die Regie-

---

24) Ganz die nämlichen, billigen Grundsätze, befolgte auch schon die Danziger Willkühr a. a. O., (s. Anmerk. 20.), indem sie festsetzte: „daß alle jetzo vorhandene unzierliche Aussengebäude ungebrochen gelassen werden sollten", und nur für die Zukunft den Neubau, oder die Wiederherstellung solcher Gebäude untersagte.

25) S. Richter. a. a. O. S. 117. no. 2. 3. Die gedachten Verf. gestatten nämlich in der Kneiphöffschen Langgasse und in der Domstraße, wegen hinreichender Breite der Straße, die Beibehaltung der Poteste.

26) S. Richter. a. a. O. S. 116. Anmerk. 1. Diese Verf. setzt fest: — „Die Vorschauer in den Straßen, welche gegen die Fluchtlinie vorspringen, müssen fortgeschafft werden, sobald die Ringwände so baufällig geworden sind, daß nur durch einen Hauptbau die Erhaltung der Vorschauer möglich gemacht werden kann." — Uebrigens verordnete schon die Königl. Feuerordn. f. d. Hauptstdt. Königsb. d. d. Berlin, den 3. Juli 1770., (s. Nov. Corp. Const. March. v. J. 1770. S. 7203. u. folg. No. 47.) im Tit. 1. §. 15.: „daß bei den jetzt stehenden Wohnhäusern, wenn ein Hauptbau vorgenommen werden müßte, die vorhandenen Ausgebäude mit denen hölzernen Schauern gänzlich abgeschaffet werden sollten."

rungsverfügungen wegen der Trottoirs, oder Bürgersteige, vom 9. Febr. 1816. und 20. Mai 1816. 27) Auch steht hiemit die Regierungsverordnung vom 25. November 1825 28), nicht im Widerspruch. Daß die Barriere des Klägers aber schadhaft gewesen sei und einer Reparatur bedurft habe, ist von dem Fiscus nicht erwiesen worden, und es scheint daher, daß der Kläger das fernere Fortbestehen jener Barriere mindestens bis dahin, daß der Fall einer Hauptreparatur eintrat, zu fordern befugt gewesen sein würde. Denn daß der Kläger das Steinpflaster vor seinem Hause nicht aus eigenen Mitteln unterhält, kann im dem Rechte desselben zur Benutzung des Bürgersteiges nichts ändern, da der Kläger dessen ungeachtet nach der gegenwärtigen Verfassung zu allen Geldbedürfnissen des städtischen Gemeinwesens, und also auch zu dem Unterhalte des Steinpflasters vor seinem Hause, in soweit dieser auf Kosten der Stadtcommune bewirkt wird, contribuirt, die, vom Landesherrn bewilligte Unterstützung, aber der ganzen Commune, und also auch dem Kläger, zu Statten kommen muß. 29)

---

27) S. Richter. a. a. O. S. 117. u. folg. no. 8. lit. d.: „Alle schon vorhandene Anlagen auf den Fußsteigen müssen bei eintretender Schadhaftigkeit fortgeschaft, neue dürfen aber durchaus nicht erlaubt werden.“ Alle diese, in den Anmerk. 25—27. erwähnten Regier. Verf., sind übrigens außer dem Richterschen Handb. nirgends in Druck erschienen.

28) Diese, im Amtsbl. der K. P. Reg. zu Königsb. f. 1825., No. 51. S. 432. mitgetheilte Verordn., disponirt nämlich eines Theils nur im Allgemeinen, und ist nicht in specieller Beziehung auf Königsb. ergangen, andern Theils weiset dieselbe aber in Rücksicht der noch vorhandenen, die Straße und hauptsächlich den Bürgersteig verengenden Anlagen, die sämmtlichen, städtischen Polizeibehörden der Provinz, auch nur an: „unter keiner Bedingung dergleichen Anlagen ferner zu erlauben, und für die Fortschaffung der vorhandenen nach Möglichkeit Sorge zu tragen.“ (S. auch Anmerk. 22.)

29) Städteordn. v. 19. Nov. 1808. §. 184.

Eine genauere Erwägung ergiebt jedoch: daß diese, scheinbar für den Antrag des Klägers sprechenden Gründe, die nähere Prüfung nicht aushalten. Es leuchtet nämlich von selbst ein, daß die Vorschriften des Allgem. L. R., wonach die Straßen und Bürgersteige nicht verengt, verunreiniget, oder verunstaltet werden sollen, lediglich einen landespolizeilichen Zweck haben, und daß durch dieselben die vollkommene Sicherheit und Bequemlichkeit des öffentlichen Verkehrs, so wie Regelmäßigkeit und Zierlichkeit der Straßen und öffentlichen Fußsteige beabsichtiget werden. Die, unmittelbar aus diesen Vorschriften fließenden Einschränkungen des Eigenthums, betreffen daher, wie auch das Marginale zu den §§. 33—102. Tit. 8. Thl. I. des Allgem. L. R. außer Zweifel setzt, lediglich das Beste des gemeinen Wesens. Für dieses zu sorgen, namentlich auch über die Sicherheit, Bequemlichkeit und Reinlichkeit der Straßen und öffentlichen Plätze, zu wachen, und in Rücksicht derselben alle Nachtheile und Gefahren von dem Publicum abzuwenden, ist aber das Amt der Polizei 30), und die Ausführung und Anwendung der hierauf Bezug habenden Vorschriften des Allgem. L. R. liegt deshalb zunächst den Landes- und Ortspolizeibehörden ob. Will man nun auch die Bestimmungen in den §§. 78 und 81. Tit. 8. Thl. 1. des Allgem. L. R., nicht als unbedingte Verbote, von denen es gar keine Ausnahme gebe, betrachten; so muß doch die Entscheidung darüber: in wie weit solche Ausnahmen in einzelnen Fällen, ohne Nachtheil für das gemeine Beste und ohne dem Zwecke jener gesetzlichen Bestimmungen entgegen zu handeln, zulässig seien? lediglich dem Urtheil und Gutbefinden der Polizeibehörde überlassen bleiben. Die Legislation hat ihren Willen in den vor-

---

30) Allgem. L. R. Thl. II. Tit. 17. §. 10.

erwähnten §§. 78. und 81. deutlich ausgesprochen, und ob, wenn diesem Willen Genüge geschehen soll, eine schon bestehende Anlage noch fortdauern dürfe, oder weggeschafft werden müsse, kann im betreffenden Falle nur vom Ermessen der Polizeibehörde abhängen. Die Rücksicht auf das öffentliche Beste muß hiebei entscheiden. Wo es aber auf dieses und dessen Beförderung ankommt, da müssen selbst wohlerworbene Rechte der Einzelnen weichen 31), und so, wie die Privaten ihren eigenthümlichen Grund und Boden für die Anlegung neuer Landstraßen und Canäle herzugeben verpflichtet sind 32), eben so müssen sie sich die Wegschaffung der ihnen gehörigen Anlagen gefallen lassen, wenn solche von Seiten der Straßenpolizei des öffentlichen Wohls wegen nothwendig gefunden wird. Kein Gesetz untersagt auch in einem solchen Falle die Wegschaffuug schon bestehender und früher geduldeter Anlagen, und die öffentliche Ordnung im Staate rechtfertiget, unter der obigen Bedingung, selbst die Rückwirkung polizeilicher Vorschriften. 33) Daß aber die Königl. Regierung die Barriere des Klägers nur aus dringenden Rücksichten auf das öffentliche Wohl habe wegbrechen lassen, kann um so weniger bezweifelt werden, als die schon allegirten

31) Einleit. zum Allgem. L. R. §§. 70. 73. 74. — Allgem. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 29. u. folg. — Tit. 11. §. 4. — Tit. 22. §. 1.

32) Allgem. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 5. u. folg. — Thl. II. Tit. 15. §. 18. u. folg.

33) Diese Rückwirkung wird denn auch in einzelnen Verordn. ausdrücklich festgesezt. So bestimmt z. B. die Verordn. wegen der Vorfenster und Schauspinden v. 23. April 1829, (s. Anmerk. 19.) im §. 14.: „Diejenigen Bestimmungen dieser Verordnung, welche sich auf die aus polizeilichen Rücksichten nothwendige Fortschaffung oder Abänderung der in Rede stehenden Anlagen beziehen, finden auch auf diejenigen Anwendung, welche bereits vor Bekanntmachung dieser Polizeiverordnung vorhanden gewesen sind.“

Regierungsverordnungen deutlich ergeben: daß dieselbe in Ansehung solcher Anlagen und ihrer ferneren Duldung, oder Wegschaffung, stets sehr gemäßigte Grundsätze beobachtet hat. Man muß mithin voraussetzen: daß bei der neuen Pflasterung der Königsstraße die Wegbrechung der fraglichen Barriere, wenn durch dieselbe die Passage nicht ordnungswidrig gestört werden sollte, durchaus unvermeidlich blieb. Auch leuchtet dies um so klarer ein, als nach den Acten und den eigenen Anführungen des Klägers, die Barriere desselben den ganzen Bürgersteig vor seinem Hause einnahm und solchen dergestalt occupirte, daß darauf nicht der mindeste Raum für die Fußgänger übrig blieb. Daß aber unter diesen Umständen nicht nur der Bequemlichkeit dieser letzteren Eintrag geschah, sondern auch leicht selbst körperliche Beschädigungen der Fußgänger herbeigeführt werden konnten, wenn insbesondere die, vor dem Hause des Klägers ohnehin nicht sehr breite Straße, von mehreren Fahrzeugen zugleich befahren wurde, liegt von selbst am Tage.

Handelt es sich nun hienach im vorliegenden Falle eigentlich um die Statthaftigkeit, oder Unstatthaftigkeit einer polizeilichen Maaßregel, welcher der Kläger sich nicht unterwerfen zu dürfen glaubt; so fließt es schon aus der Regierungsinstruction vom 23. October 1817., §§. 5. 8. 11. und aus dem, mit selbiger verbundenen Auszuge aus der Verordnung vom 26. Dezember 1808, §§. 38. 39. 40. [34]):

34) S. Gesetz-Samml. f. d. Königl. Preuß. Staaten, Jahrg. 1817. No. 15. S. 243. u folg. S. 282. u. f. (Vergl. auch: d. Allerh. Cabinetsorder v. 31. Dezember 1825., in der Gesetz-Samml., Jahrg. 1826., No. I. S. 5. u. f., die Geschäfts-Anweisung v. 31. Dezember 1825., in v. Kamptz Jahrb. H. 54. S. 241. u. f., u. d. Instrukt. v. 31. Dezember 1825., in der Ges.-Samml. Jahrg. 1826. No. I. S. 1. u. f.) — Nachdem in dem Auszuge aus der Verordn. v. 26. Dez. 1808 in dem §. 38.

daß dem Kläger der Weg Rechtens gegen jene polizeiliche Maaßregel gar nicht nachzulassen gewesen sein würde, wenn derselbe nicht anfänglich blos den Ersatz der Kosten für den Transport der Steine eingeklagt, und späterhin, als er seinen Klageantrag auch auf Wiederherstellung der Barriere und Entschädigung ausdehnte, sich hiebei theils in dem Mangel eines Gesetzes, durch welches das Verfahren der Königl. Regierung gerechtfertiget werden könnte, theils in einem speciellen Rechtstitel, namentlich in der Verjährung, gegründet hätte. Beide diesfällige Klagefundamente bedürfen da-

festgesetzt worden: „daß über polizeiliche Verfügungen der Regierungen der Weg Rechtens unbedingt, sowohl über die Verpflichtung, als den Schadensersatz, Jedem offen stehe, sobald entweder die Verfügung einer ausdrücklichen Disposition der Gesetze directe entgegenlaufe, oder die Klage auf einen speciellen Rechtstitel gegründet werde, vermöge dessen der Kläger das der durch die Polizeiverfügung angeordneten Verbindlichkeit entgegenstehende Recht gültig erworben zu haben behaupte''; bestimmt demnächst der §. 39.: „daß in dem letzgedachten Falle die Regierungen dennoch berechtiget seien, des Widerspruchs ungeachtet mit der Ausführung sofort vorzugehen, und die Execution zu verfügen''; der §. 40. verordenet aber: — „Wird die Klage hingegen nicht speciell auf eines der vorerwähnten beiden Fundamente (§. 38.), sondern nur auf die allgemeine bürgerliche Freiheit und die Prinzipien vom freien Genuß seines Eigenthums gegründet; so stehet den Gerichten keine Kognition über die Nothwendigkeit zum allgemeinen Besten und die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Anordnung zu; es wäre denn, daß eine richterliche Erörterung darüber in den Gesetzen, — — — ausdrücklich nachgelassen worden. Ist solches nicht geschehen, so kann in diesem Fall niemals über die Verpflichtung zur Befolgung der Polizeiverfügung, sondern nur darüber eine rechtliche Klage gestattet werden, ob und in wie weit sonsten, jedoch unter vorausgesetzter Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verfügung, ein Entschädigungsanspruch wegen derselben dem Kläger nach den Gesetzen zustehe. Die richterliche Einwirkung tritt jedoch im vollen Umfange ein, wenn entweder von der höhern Polizeibehörde die Verfügung gemißbilligt worden, oder der letztern grobe Fahrlässigkeit, oder gar vorsätzliche Beeinträchtigung zum Grunde liegt.''

her noch einer näheren Beleuchtung. Beide stellen sich jedoch als völlig unhaltbar dar.

Denn daß die in Frage stehende Maaßregel der Königl. Regierung nicht einer ausdrücklichen Disposition der Gesetze direkte entgegenlaufe, erhellet schon aus den vorausgegangenen Ausführungen und aus den mehr erwähnten §§. 78. 81. Tit. 8. Thl. 1. des Allgem. L. R. Auch können die Bestimmungen dieser §§., in Beziehung auf Ostpreußen, nicht einmal als ein neues Gesetz betrachtet werden. Denn selbst wenn das, früher in Ostpreußen geltend gewesene, Verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen vom Jahre 1721, in Ansehung der Straßen und öffentlichen Plätze gar keine Festsetzung enthielte, würde die Frage: in wie fern der Bürgersteig, als ein locus publicus, von Privaten bebaut werden dürfe? nur nach den Grundsätzen des Römischen Rechts zu entscheiden und durch dieses letztere das Landrecht von 1721 zu ergänzen gewesen sein. 35) Außerdem waren aber auch die Interdicte Ne quid in loco publico fiat, und Ne quid in itinere publico fiat, ihrem wesentlichen Inhalte nach, ausdrücklich in das Landrecht von 1721 aufgenommen worden. 36) Es galt daher auch früher

---

35) S. das Publicationspat. v. 27. Juni 1721.: — „Es ist auch Unser Wille und Meinung, daß, da sich je einiger Fall, der in gegenwärtiger Unserer Ordnung und Land-Recht nicht begriffen, künftiglich begeben und zutragen würde, derselbe, wann er in dem Käyserlichen Recht ausdrücklich decidirt ist, nach demselben — — — gestellet werden solle." (Vergl. auch: von Sahme Gründl. Einleit. zur Preuß. Rechts-Gelahrth. S. 10. §. XXIII. u. Schweikart „Ueber die in Ost- und West-Preuß. geltenden Rechte." in von Kamptz Jahrb. H. 52. S. 320—322.) *)

36) Verb. L. R. des Königr. Preuß. v. J. 1721. P. II. B. III. Tit. V. Art. II. §. XXIX. pag. 61. — „Interdi-

---

*) s. noch oben in dieser Zeitschrift S. 19. 20.

schon in Ostpreußen das Prinzip: daß der gemeinsame Gebrauch öffentlicher Wege und Plätze von Privaten durch keine, darauf zu setzende Bauwerke, beschränkt werden dürfe, und es war hienach sowohl nach den gegenwärtigen, als nach den früheren Gesetzen, allerdings untersagt: vor dem

---

„ctum, ne quid in loco publico fiat." — „Diese Klage „mag wider den angestellet werden, der etwas auf einem gemeinen „Orte fürnimmt oder bauet. Darum wann einer auf einer gemeinen Land-Strasse, oder sonst auf einem gemeinen Orte „etwas bauen, oder dergleichen vornehmen will, oder auch solches „allbereit zu Werke gerichtet hat: So hat diese Klage wider ihn statt, „daß er nehmlich mit seinem Bau innehalte, oder da er etwas gebauet, daß er dasselbe wiederum abschaffe." — (S. auch von Sahme a. a. O. B. II. Tit. XXXII. §. 26. S. 286. u. folg.).

Die früheren Redactionen des L. R. v. 1620. u. 1685., stimmen hiemit wörtlich überein, und daß Klagen dieser Art im summarischen Prozeße zu verhandeln waren, dürfte, da bei denselben zugleich das gemeine Wohl interessirt war, nach dem L. R. v. 1721. P. I. B. I. Tit. XII. §. 1. no. 10. pag. 29. wohl keinem Bedenken unterliegen können. (Vergl. Georg. Grube Tractat. jurid. de processu fori in Borussia. Cap. I. §. IX. no. 12. pag. 7. — Cap. V. §. XXX. p. 196. seq., u. von Sahme a. a. O. B. IV. Tit. I. §. 3. 4. S. 509. 510. Tit. VI. §. 1. S. 544.) Gleichmäßig dürfte aber auch anzunehmen sein, daß in Fällen unseres Interdicts die Klage die Natur eines Remedii popularis hatte. Denn der deutsch. Gerichtsgebr., dem man auch in Preußen folgte, spricht hiefür, (s. Leyseri Medit. ad Pandect. Vol. I. Sp. X. §. I. pag. 101. seq. — Vol. VII. Sp. DI. §. V. pag. 653. seq.) und daß die Actio popularis auch dem L. R. von 1721. nicht fremd war, gehet aus P. I. B. II. Tit. VI. Art. XI. §. II. pag. 316. hervor, da hienach die Actio contra tutor. suspect. von jedem Großjährigen und selbst von „frommen, ehrbaren und tugendsamen Frauen," angestellt werden konnte, die sonst ohne Geschlechtscurator nicht vor Gericht auftreten durften. (Vergl. L. R. v. 1721. P. I. B. I. Tit. XXIV. Art. IV. pag. 68. — Grube loc. cit. Cap. X. Membr. VIII. no. 17. p. 308. — von Sahme a. a. O. B. I. Tit. XXI. §. 2. S. 84. 85. B. IV. Tit. XIV. §. 11. S. 582.)

Hause eine Barriere zu haben, durch die der Bürgersteig verengt und der allgemeine Verkehr auf demselben behindert wurde.

Daß die Königl. Regierung also nicht den gesetzlichen Vorschriften entgegen handelte, wenn sie die Barriere des Klägers wegbrechen ließ, ist einleuchtend. Eben so wenig kann sich aber der Kläger mit der Verjährung schützen, und selbst, wenn man annehmen könnte, daß der Beweis über den Ablauf der präscriptionsmäßigen Frist durch die, in zweiter Instanz vernommenen Zeugen, vollständig geführet sei 37), würde

---

37) Auch das konnte jedoch nicht angenommen werden. Der eine Zeuge hatte zwar den Besitzstand auf Seiten des Klägers, für die Jahre 1773. bis 1829., und der zweite Zeuge für die Jahre 1787. bis 1829. bekundet, mithin erstreckte sich die Wissenschaft des ersteren Zeugen auf einen 56jährigen, die des letzteren Zeugen aber auf einen 42jährigen Zeitraum, und dies würde, unter der Voraussetzung, daß es sich hier nicht um eine Verjährung gegen den Fiscus, sondern gegen die städtische Commune handelte, genügt haben, da das L. R. von 1721. P. II. B. III. Tit. IV. Art. I. §§. II. VII. pag. 39. u. folg., Art. II. §§. I. VII. pag. 42. 43. zur Verjährung „wider eine Stadt, ganze Gemeine und rempubl.," nur eine Frist von 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen erforderte, nach dem Allgem. L. R. Thl. 1. Tit. 9. §. 624. und folg., und dem damit übereinstimmenden, Ostpreuß. Provinzialrechte aber schon der Ablauf von 30 Jahren hinreichend gewesen sein würde. (Vergl. Publicat. Patent zum A. L. R. v. 5. Februar 1794. §. XVII. — Publicat. Patent zum Ostpr. Prov. R. v. 4. Aug. 1801. §. 1. IV.) Allein, der eine der beiden Zeugen hatte die Beeidigung seiner Aussage beharrlich verweigert. Seinem Zeugnisse konnte mithin keine Beweiskraft beigelegt werden, und hienach würde der geführte Beweis, wenn es auf die Verjährung überhaupt angekommen wäre, nach §§. 599. 600. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. noch immer der Ergänzung durch einen Erfüllungseid bedurft haben. — Wäre anzunehmen, daß die Verjährung gegen den Fiscus ging; so würde es sowohl nach dem jetzt geltenden, als nach dem früheren Gesetze, des Ablaufs einer 44jährigen Frist bedurft haben. Denn das L. R. v. 1721. hatte in Ansehung der Ersitzung gegen den Fiscus keine besondere Festsetzung getroffen, und es mußte daher auf das

daraus doch nichts zu Gunsten des Klägers folgen, weil die Verjährung im vorliegenden Falle überhaupt für ganz unstatthaft erachtet werden muß. Denn es fließt aus der Natur der Sache: daß gegen gesetzliche Anordnungen, welche das öffentliche Wohl bezwecken, und gegen deren Ausführung die Verjährung eben so wenig Platz greifen kann, als dieselbe zum Erwerbe von Rechten dienen darf, welche mit der Ordnung im Staate und mit der allgemeinen Wohlfahrt unvereinbar sind und eben deshalb nicht geduldet werden dürfen. Die in der obersten Staatsgewalt enthaltenen Hoheitsrechte, sind, ihrer Wesenheit nach, unveräußerlich, und deshalb auch keiner Verjährung unterworfen. Auch darf diese letztere den Ausflüssen derselben niemals im Wege stehen. Zu jenen Hoheitsrechten gehört aber auch die Polizeihoheit, und wenn vermöge derselben von dem Staate Gesetze erlassen und Anordnungen getroffen werden, die auf die Beförderung des öffentlichen Wohls gerichtet sind; so kann diesen die Verjährung um so weniger entgegengestellt werden, als sonst eingerissenen Uebelständen und Mißbräuchen niemals abzuhelfen sein würde, dieselben vielmehr fortdauernd geduldet werden müßten. 38) Selbst wenn man die §§. 78. und 81. Tit. 8. Thl. I. des Allgem. L. R., als keine ganz unbedingte Verbotsgesetze betrachten und deshalb noch die Anwendbarkeit des §. 664. Tit. 9. Thl. I. a. a. O. 39) auf den vorliegen-

---

Röm. Recht recurrirt werden. (s. von Hymmen's Beitr. zu der jurist. Literat. Samml. 7. S. 317. no. 11. u. vergl. Anmerk. 35.)

38) Vergl. Unterholzner Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipz., 1828. Bd. 2. §. 300. S. 422. u. folg. §. 301. S 429. — Pfeiffer von der rechtlichen Natur und Wirksamkeit der Verjähr. durch unvordenkl. Besitz. §. 22. §. 23. no. II., in dessen: „Pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissensch. Hannov., 1828." Bd. 2. S. 101. 107.

39) Derselbe verordnet: „Rechte gegen ausdrückliche Verbotsgesetze können durch keine Verjährung erworben werden."

den Fall in Zweifel ziehen wollte, würde doch überall da, wo die, mit der Administration der Polizeigewalt beauftragten Behörden des Staats, Ausnahmen von den Vorschriften der gedachten §§. 78. und 81. mit dem gemeinen Wohl nicht verträglich finden, eben wegen der Concurrenz dieses letzteren, keine Berufung auf einen früheren, wenn auch noch so langwierigen Besitzstand, gelten können. Diese Grundsätze gehen nicht nur aus dem gesetzlich anerkannten Prinzip: daß die Rechte der Privaten dem öffentlichen Besten weichen müssen, schon von selbst hervor, sondern haben auch noch, in specieller Beziehung auf die hier vorliegende Frage, bereits in dem Römischen Rechte ihre volle Bestätigung erhalten. 40) Der Kläger hat auch nicht zu behaupten vermocht: daß die, von der Königl. Regierung in Ansehung seiner Barriere getroffene Maaßregel, ohne Genehmigung der höheren Polizeibehörde in Ausführung gebracht sei, oder die Mißbilligung

---

40) Const. 6. C. De operib. publ. (8. 12.) „Praescri- „ptio temporis iuri publico non debet obsistere: Sed nec „rescripta quidem: atque ideo diruenda sunt omnia, „quae per diversas urbes, vel in foro, vel in publico quocun- „que loco contra ornatum, et commodum, ac deco- „ram faciem civitatis exstructa noscuntur.“ — — Const. 14. C. ibidem. „Aedificia, quae vulgo parapetasia nuncupan- „tur, vel si qua alia opera moenibus, vel publicis operibus „ita sociata cohaerent, ut ex his incendium, vel insidias vici- „nitas reformidet, aut angustentur spatia platearum, „vel minuatur porticibus latitudo; dirui ac prosterni „praecipimus.“ (Vergl. auch Fr. 9. fr. 45. pr. D. De usurpat. (41. 3.) — Fr. 2. D. De via publ. et itin. publ. refic. (43. 11.). — Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften des Röm. Rechts, konnte für die Zeit, wo das L. R. von 1721 in Ostpreuß. als Provinzialgesetz galt, nach Anmerk. 35. 36. keinem Bedenken unterliegen. Die in jenen Vorschriften enthaltenen Bestimmungen, folgen aber auch aus den allgemeinen Grundsätzen des A. L. R., aus den mehrerwähnten Dispositionen desselben im Tit. 8. Thl. I., u. aus §. 581. Tit. 9. Thl. I.

derselben erhalten habe. 41) Man muß vielmehr nach den Acten annehmen, daß solche selbst von Seiten des Landesherrn approbirt worden sei 42), und da allem diesem zu Folge dem Kläger weder Gesetz, noch Verjährung zur Seite stehen, weggesehen hievon, aber jede richterliche Cognition über die Nothwendigkeit der Wegbrechung der Barriere des Klägers ausgeschlossen bleiben muß; so hat der Kläger mit seinem Antrage auf Wiederherstellung der Barriere abgewiesen und bei diesem Punkte also das frühere Erkenntniß bestätiget werden müssen.

Es bleibt jetzt nur noch zu untersuchen:

ob der Kläger auf Entschädigung Anspruch machen und namentlich vollständige Genugthuung fordern könne?

oder

ob ihm doch mindestens der Ersatz der Kosten gebühre, die ihm durch den Transport der, zu der Barriere gehörig gewesenen Steine, verursacht worden sind?

Was die erstere dieser Fragen anbelangt; so ist es zwar im Allgemeinen in den Gesetzen gegründet: daß diejenigen Privaten, die ihre besonderen Vortheile und Rechte dem Wohl des Ganzen aufopfern, dafür entschädiget werden müssen. 43) Dies gilt jedoch nur von wohlerworbenen, auf einem, von dem Staate für gültig anerkannten Titel, beruhenden Rechten. Die, vom Kläger in Anspruch genommene Befugniß: auf dem Bürgersteige vor seinem Hause

---

41) Auszug aus der Verordn. v. 26. Dezember 1808. §. 40. (s. Anmerk. 34.)

42) Der Plan zur Umpflasterung der Königsstraße, bei dem schon auf die Wegschaffung aller, den Bürgersteig verengenden Anlagen, gerechnet war, war nämlich Sr. Majestät Allerhöchster Person zur Genehmigung vorgelegt worden.

43) Einleit. zum A. L. R. §§. 74. 75. — A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §§. 29. 30. 31. — Tit. 11. §. 8. u. folg. — Thl. II. Tit. 15. §§. 18. 19.

eine Barriere zu haben, gehört aber, wie ausgeführt worden, sowohl nach den älteren, als neueren Gesetzen, zu den, vom Staate nicht anerkannten, vielmehr reprobirten, mit der gemeinen Ordnung und Wohlfahrt nicht zu vereinbarenden Rechten. Denn mögen von der Regel: daß der Bürgersteig nicht durch Bauwerke verengt werden soll, auch Ausnahmen zugelassen, oder geduldet worden sein, und zum Theil noch gegenwärtig nachgegeben werden; so tritt doch in Fällen, wo die Polizeibehörde dergleichen Ausnahmen nicht weiter mit dem gemeinen Besten verträglich findet, von selbst wieder die Regel, und mit ihr die Reprobation von Anlagen der fraglichen Art ein. 44) Für Rechte, die der Staat nicht anerkennt und guarantirt, kann aber auch keine Entschädigung verlangt werden. 45) Dies fließt aus der Natur der Sache,

---

44) Jede Ausnahme von der Regel, welche die Polizeibehörde gestattet, ist daher nur als eine, dem Widerrufe unterworfene Vergünstigung zu betrachten. Auch gehen die Polizeibehörden bei Gestattung solcher Ausnahmen stets von diesem Grundsatze aus, und es kann zum Belage hiefür wiederum die mehrerwähnte, Polizeil. Verordn. wegen der Vorfenster und Schauspinden, v. 23. April 1829., (s. Anmerk. 19.) angeführt werden. Dieselbe bestimmt nämlich in den §§. 1. und 2.: „daß die Vorfenster und Schauspinden nur dann gestattet werden könnten, wenn der vor dem Hause befindliche Bürgersteig mindestens 10 Preuß. Fuß breit wäre, und daß dazu jedesmal besondere, polizeiliche Erlaubniß nachgesucht werden müsse.“ Demnächst setzt sie aber im §. 10. fest: „Jede polizeiliche Erlaubniß „zur Einrichtung von dergleichen Anlagen wird nur als ein Precarium, und also widerruflich ertheilet. Dergleichen Anlagen „müssen daher auf vorgängige schriftliche Aufforderung Seitens der „Polizeibehörde wieder fortgeschafft oder abgeändert werden, auch „wenn sie mit polizeilicher Erlaubniß und vorschriftsmäßig angefertiget sind, wenn polizeiliche Rücksichten diese Fortschaffung als nothwendig erachten lassen.“

45) Dem gemäß, fährt denn auch die ebengedachte Verordnung vom 23. April 1829; (s. die vorhergehende Anmerkung), im §. 10. weiter fort: „Dem Innehaber einer solchen Anlage stehet

und schon hienach würde daher der Antrag des Klägers auf vollständige Genugthuung wegen des erfolgten Wegbrechens der Barriere, unbegründet erscheinen; zumal die Materialien, aus welchen die Barriere bestand, dem Kläger nicht entzogen, sondern verabfolgt worden sind, und die Entschädigung also, in dieser Beziehung, nur dafür gefordert werden könnte, daß der Kläger diese Materialien nicht ferner in ihrer zeitherigen Zusammensetzung und unter der Form einer, auf dem Bürgersteige vor seinem Hause befindlichen Barriere, benutzen dürfe. Außerdem versagen aber auch noch die §§. 1. u. 2. Tit. 22. Thl. I. des Allgem. L. R. 46), im vorliegenden Falle dem Kläger ausdrücklich jedes Recht auf Entschädigung, und es ist daher auch bei diesem Punkte lediglich der Entscheidung des früheren Richters beizutreten gewesen. Denn ob die Barriere, wie der Kläger behauptet, durchaus erfordert werde, um von seinem Hause Beschädigungen abzuwenden, bleibt, bei der ausdrücklichen Festsetzung in den vor allegirten §§. 1. und 2., irrelevant. Ueberdem kann aber das diesfällige Anführen des Klägers auch nicht einmal

„für diesen Fall überall kein Entschädigungsanspruch oder Widerspruchsrecht zu."

46) Diese §§. verfügen: — §. 1. „Den gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden. (Tit. 8. §. 33. sqq.)" — §. 2. „Für Einschränkungen und Belastungen dieser Art kann kein Grundbesitzer eine im Gesetze ihm nicht ausdrücklich vorbehaltene Entschädigung fordern." — Das Allgemeine Gesetzbuch stimmt hiemit überein. Im gedruckten Entwurfe zum Allgemeinen Gesetzbuche Thl. II. Abtheil. III. Tit. 21. §. 1. u. 2., lauteten die beiden obigen §§. aber folgendermaaßen: — §. 1. „Jeder Grundbesitzer ist schuldig, denjenigen Einschränkungen des Eigenthums, welche durch allgemeine oder besondere Polizei-Gesetze, zum gemeinen Besten vorgeschrieben sind, sich zu unterwerfen. (Tit. V. §. 24 — 129.)" — §. 2. „Für Einschränkungen und Belastungen dieser Art, ist kein Grundbesitzer Entschädigung zu fordern berechtigt." —

für begründet angenommen werden. Denn eines Theils kann den besorglichen Beschädigungen an dem Gebäude des Klägers, durch die Setzung eines Wehr- oder Prellsteins, die nicht untersagt ist 47), vorgebeugt werden, andern Theils muß es aber dem Kläger überlassen bleiben, diejenigen Fahrenden, die durch Unachtsamkeit und Fahrläßigkeit dem Gebäude des Klägers einen Schaden zufügen, dieserhalb in rechtlichen Anspruch zu nehmen. —

Anders verhält sich die Sache mit dem geforderten Ersatze der Kosten für den Transport der, zur Barriere des Klägers gehörig gewesenen Steine.

Schon nach dem Römischen Rechte wurde bei den, auf öffentlichen Straßen polizeiwidrig aufgestellten Bauwerken, unterschieden: ob der zeitige, actuelle Besitzer eines solchen Bauwerks, dasselbe selbst errichtet, oder doch dessen Errichtung anbefohlen, oder genehmiget hatte, oder ob das Bauwerk ohne sein Zuthun errichtet und dessen Besitz auf ihn nur durch Kauf, Pacht, Erbschaft, oder sonst einen andern Rechtstitel übergegangen war. Nur im ersteren Falle mußte der Besitzer die Kosten der Wegschaffung eines solchen Bauwerks tragen. Im letzteren Falle blieb er davon frei, und mußte sich blos die Wegnahme der Anlage gefallen lassen 48).

---

47) S. Die Regierungsverordnung vom 9. März 1807. (vergl. Anmerk. 23.) §. 14. (bei Richter a. a. O. §. 11.), imgleichen die Regierungsverordn. v. 13. Mai 1812. (Richter. a. a. O. S. 120. no. 3.) — Die erstere dieser Verordnungen knüpft die Setzung der Wehrsteine an die nachzusuchende, ausdrückliche Genehmigung der Polizeibehörde. Die letztere Verordn. schreibt noch vor: „daß die Sicherung der Ecken der Gebäude nicht durch zu große Prellsteine bewirkt werden solle." Beide Verordn. erkennen mithin die Zuläßigkeit der Prellsteine, im Allgemeinen, an.

48.) Fr. 2. §. 37. D. Ne quid in loco publ. vel itin. fiat. (43. 8.) — „Hoc Interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit; sed is, qui factum habet: proinde si alius fecit, alius factum habet: is tenetur, qui factum habet.

Diese Grundsätze sind auch der Billigkeit völlig angemessen und fließen aus der Natur der Sache selbst. Denn demjenigen, der eine Anlage der fraglichen Art erst mittelbar von einem Andern erwirbt, kann der Vorwurf einer polizeiwidrig unternommenen Handlung nicht zur Last gelegt werden, zumal derselbe nicht wissen konnte, ob sein Vorbesitzer nicht eine besondere und ausdrückliche Erlaubniß zu der Anlage erhalten haben mochte, von dem Erwerber auch, wenn die Anlage bisher stillschweigend genehmiget und geduldet worden war, auf fernere Duldung derselben gehofft werden

---

et est hoc utilius: quia is potest restituere, qui factum immissum habet." — Fr. 2. §. 38. eod. — „Habere eum dicimus, qui utitur, et jure possessionis fruitur: sive ipse opus fecit, sive ex causa emptionis, vel conductionis, vel legato, vel hereditate, vel quo alio modo adquisiit." — Fr. 2. §. 43. eod. — „Restituas, inquit." (scilic. Praetor.) „Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit. quod fit, sive quis tollit id, quod factum est; vel reponat, quod sublatum est: et interdum suo sumptu. nam si ipse quo qui interdixit, fecerit, vel jussu ejus alius, aut ratum habitum sit, quod fecit: ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus, patientiam solam eum praestare debere." — (S. auch: Fr. 5. §. 5. Fr. 18. Fr. 20. pr. §. 1. 3. 7. 8. Fr., 22. 23. D. De oper. nov. nunciat. (39. 1.)—; Lauterbachius loc. cit. Lib. XLIII. Tit. VIII. §. XII. pag. 439., und von Wening=Ingenheim a. a. O. §§. 277. 292. — Wenn übrigens Lauterbach in dem allegirten §. XII. anführt: das restitutorische Interdict gehe gegen den Besitzer dahin: „ut restituat, i. „e. in pristinum statum suo sumtu reducat, aut quanti ac-„toris interest, praestet." und gleich unmittlbar darauf bemerkt: „Nec refert, ipse vel alius opus fecerit, ex quacunque causa „acquisierit, modo factum habeat,"; so ist dies, in Beziehung auf das „suo sumtu", unsern vorstehend mitgetheilten, juristischen Quellen, durchaus entgegen, und der Unterschied zwischen der activen und der passiven Restitution, oder dem bloßen patientiam praestare, wozu allein der Besitzer, als solcher, hier sowohl, wie bei der Operis novi nunciatio verbunden bleibt, ganz übersehen worden.)

durfte. Der bloße Nachfolger im Besitze versirt daher nicht in facto illicito, und daraus folgt von selbst: daß das gemeine Wesen, wenn dasselbe die Wegschaffung der Anlage um deshalb, weil sie dem öffentlichen Wohl Eintrag thut, nothwendig findet, auch allein alle, mit dieser Wegschaffung verbundene Kosten, übernehmen muß. Denn der Vortheil aus der Wegnahme der Anlage, fließt allein dem gemeinen Wesen, als solchem, zu. Der bisherige Besitzer der Anlage wird aber aller, bis dahin aus solcher genossenen, besondern Vortheile und Bequemlichkeiten verlustig. Er erhält für diesen Verlust auch keine Entschädigung, und es würde daher eine nicht zu rechtfertigende Härte sein: wenn derselbe obenein auch noch mit den Kosten der Wegnahme beschwert werden sollte, und aus eigenen Mitteln Verwendungen machen müßte, die doch direkt und zunächst gar nicht zu seinem eigenen Nutzen gereichen.

Die nämlichen Grundsätze müssen aber auch nach dem Preußischen Rechte hier zur Anwendung kommen. Denn der A. hatte die, vor seinem Hause befindlich gewesene Barriere, nicht selbst erbaut, sondern solche mit dem Hause zugleich acquirirt. Ihm selbst, für seine Person, kann daher der Vorwurf einer gesetzwidrigen Anlage nicht entgegengestellt werden, und wenn die Polzeibehörde die Wegschaffung der Barriere zum Besten des gemeinen Wesens nothwendig erachtete; so erkannte sie dadurch auch zugleich die Nothwendigkeit und Nützlichkeit aller, mit dieser Wegschaffung verbundenen Ausgaben, an. Diese Ausgaben mußten aber von dem gemeinen Wesen übernommen werden, weil die Wegschaffung der Barriere allein und unmittelbar zum Vortheile desselben gereichte. Es gehörten zu diesen Ausgaben auch die Kosten, welche der Transport der Steine aus der Landhofmeisterstraße auf das Gehöfte des Klägers verursachte. Denn weder das gemeine Wesen, noch die Polizeibehörde, hatten einen Anspruch auf die Materia-

[illegible]en, aus welchen die Barriere zusammengesetzt war. Diese Materialien mußten vielmehr, wie auch geschehen, an den Kläger abgeliefert werden, und war die Ablieferung derselben mit besondern Kosten verknüpft; so fielen auch diese dem gemeinen Wesen, dem allein an der Zerstörung der Barriere und an Wegschaffung der Materialien gelegen war, zur Last. In dem vorliegenden Falle kann dies auch um so weniger Bedenken leiden, als nicht erhellt, daß der Kläger die Annahme der fraglichen Steine und deren Niederlegung auf seinem Hofe verweigert habe, und daher nicht abzusehen ist, weshalb die Steine nicht sogleich dorthin gebracht, sondern erst in die Landhofmeisterstraße transportirt und in dieser niedergelegt wurden. Konnten sie hier nicht verbleiben, weil durch dieselben die Passage sehr verengt wurde; so gereichte deren weitere Wegschaffung wieder zum Nutzen des gemeinen Wesens, und da die Kosten des diesfälligen Transports von dem Kläger aus eigenen Mitteln gezahlt worden sind; so liegt es am Tage, daß derselbe aus seinem Vermögen eine Verwendung zum Nutzen des gemeinen Wesens gemacht hat. Derselbe ist daher auch wohlbefugt, die Erstattung dieser Transportkosten mit 3 Thlr. 15 Sgr. zu verlangen 49), und da ihm die Zahlung derselben widerrechtlich durch Execution abgenöthiget wurde; so müssen dem Kläger auch die, ihm abgeforderten Executionsgebühren mit 2 Sgr. 6 Pf. restituirt werden. 50) Daß der Kläger selbst, als Glied des gemeinen Wesens, mit an dem Vortheile participirt, der durch die Wegbrechung der Barriere herbeigeführt worden ist, kann hierin auch nichts ändern. Denn insofern die Kosten der 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. von der Königsberger

49.) Allgem. L. R. Thl. I. Tit 13. §. 262 und folg. §. 268. (Vergl. übrigens: Anmerk. 3.)

50.) Allgem. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 207.

Stadtcommune aufgebracht und daher mit den übrigen Communalbedürfnissen auf die Bürger und Schutzverwandten repartirt werden, trägt der Kläger dazu seinen Antheil verhältnißmäßig mit bei. Sollten die gedachten Kosten dagegen aus der, vom Landesherrn zur Umpflasterung der Königsstraße bewilligten Summe, zu entnehmen sein; so muß die Landesherrliche Gnade eben sowohl dem Kläger, wie jedem andern Gliede der Commune zu Gute kommen, und da es hienach in jeder Beziehung an rechtlichem Grunde gebricht: dem Kläger allein die in Frage stehenden Kosten aufzubürden; so hat bei diesem Punkte das frühere Urtheil, wie geschehen, reformirt werden müssen. Auch bleibt der Fiscus, Einwendens ungeachtet, dem Kläger zunächst für die Erstattung der 3 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. verhaftet 51), da die Königl. Regierung die Umpflasterung der Königsstraße leitete und die Wegbrechung der Barriere des Klägers anordnete, auch die Fortschaffung der Steine aus der Landhofmeisterstraße und die Beitreibung der Transportkosten von dem Kläger, nicht von Seiten des Stadtmagistrats, sondern von Polizei Wegen veranlaßt wurde. Der Fiscus muß daher seine eigenen Handlungen gegen den Kläger vertreten, und es kann ihm nur überlassen bleiben, seinen Regreß gegen den Magistrat und die Stadtcommune zu Königsberg zu nehmen."

---

51) Fiscus wollte nämlich den Kläger mit seinen Ansprüchen an den Magistrat der Stadt Königsberg verweisen und bediente sich deshalb auch der Litisdenunziation gegen den gedachten Magistrat, der jedoch weder das Fundament des vorbehaltenen Regresses anerkannte, noch sich zur Assistenzleistung bereit erklärte.

In dem, in Beziehung auf den ersten und zweiten Klageantrag ergangenen Revisionserkenntnisse, wurde den vorstehenden Gründen des Appellationsrichters überall beigetreten. 52.)

---

52) Der gegenwärtige Fall kann einen neuen Beweis dafür geben: daß das Röm. Recht doch nicht so ganz unpraktisch und so völlig unbrauchbar für unsere Zeiten und Verhältnisse sei, wie manche Verächter desselben haben behaupten wollen. Er kann ferner lehren: wie vorbereitend und erleichternd die Kenntniß des Röm. R. für das Studium unserer deutschen Territorialgesetzgebungen bleibe, und er kann endlich zur Widerlegung derjenigen dienen, die dem jus publicum der Römer, namentlich auch dem Polizeirechte derselben, ganz allgemein die heutige Anwendbarkeit abzusprechen geneigt sind. Es ist in der That merkwürdig: jetzt, wo gerade unsere Polizeipflege zu höherer Vollkommenheit und Ausbildung gediehen ist, stehen wir in vielem Betrachte erst da, wo die Römer schon vor länger, denn zweitausend Jahren standen. Dieselben bleiben auch hier unsere Lehrer, und zur näheren Bestätigung dessen, möge hier noch der Versuch einer Zusammenstellung unserer Landrechtl. Vorschriften über die, zum Besten des gemeinen Wesens bei Gebäuden und bei dem Bauen eintretenden Eigenthumsbeschränkungen, mit denjenigen Verordnungen des Justinianischen Rechtsbuches Platz finden, welche gleiche, oder doch analoge Bestimmungen enthalten.

Allgem. L. R. Thl. I. Tit. 8.	Corp. jur. civil.
§. 35.	const. 6. 7. C. (8. 10.)
	const, 16. C. (8. 12.)
§. 36.	Fr. 52. D. (18. 1.)
	Fr. 21. §. 2 D. (32.)
	Fr. 46. 48. D. (39. 2.)
	const. 2. 3. C. (8. 10.)
	const. 9. 15. C. (8. 12.)
§§. 37—59.	Fr. 46. D. (39. 2.)
	Fr. unic. §. 1. D. (43. 10.)
	const. 8. C. (8. 10.)
	const. 5. 18. C. (8. 12.)
§§. 60—64.	C. 11. 58.
§§. 65—73.	Fr. 11. §. 14. D. (32.)
	Fr. 1. §§. 15—17. — Fr. 5 §. 9. — Fr. 8. §. 3. D. (39. 1.)
	Fr. 2. §. 17. — Fr. 7. D. (43. 8.)

Allgem. L. R. Thl. I. Tit. 8.	Corp. jur. civil.
§§. 65–73.	const. 8. C. (3. 34.)
	const. 1. 3. 9–12. C. (8. 10).
	const. 5. 6. 9., 13. 14. 17. 20–22. C. (8. 12.)
§§. 74. 75.	§. 1. 2. J. (4. 5.)
	Fr. 5. §§. 6–11. D. (9. 3.)
	Fr. 5. §. 5. D. (44. 7.)
§. 78.	Fr. 17. §. 2. D. (8. 5.)
	Fr. 2. D. (43. 7.)
	Fr. 2. §. 20. seq. D. (43. 8.)
	Fr. unic. §. 2. 4. 5. D. (43. 10.)
	Fr. 1. §. 2. D. (43. 11.)
	const. 6. C. (8. 12.)
§§. 79. 80.	Fr. 1. pr. D. (8. 2.)
	const. 14. C. (8. 12.)

(Vergl. übrigens: „Dirksen Ueber die gesetzl. Beschränk. des Eigenthums nach Röm. Recht," in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. 2. № XVI. S. 405 und folg.)

Eine von tüchtiger Hand unternommene, auf das Ganze gerichtete Darstellung der Röm. Polizeiverfassung u. des Röm. Polizeir., würde gewiß in vielfacher Beziehung zu wünschen sein, und selbst für die Cultur- und Sittengesch. folgereiche Resultate gewähren. An interessanten Vergleichungspunkten würde es dabei nicht fehlen, und wir wollen zum Schluße beispielsweise nur noch darauf aufmerksam machen: daß die Bestimmung unseres Ostpr., Provinzialr. im Zusatz 23: — „Reisende welche sich eigener oder Miethspferde bedienen, dürfen alsdann nicht gepfändet werden, wenn sie „auf Wegen, die sich nicht in gehörigem Stande befinden, bei einer übeln Stelle einen Ausweg auf besäete Felder oder gehegte Wiesen genommen haben". — gewisser Maaßen schon in dem Zwölftafelgesetze, Tab VII. Fr. 7., (nach Dirksen's Abtheilung): — „Si via per amsegetes immunita escit, qua volet iumentum agito." enthalten ist, zumal, wenn wir, gestützt auf die Autorität des Gellius, (Noct. Attic. Lib. XX. cap. 1.) unter iumentum auch vectabulum mitbegreifen u. übrigens mit Jac. Gothofredus und Hugo (s. Gesch. des Röm. Rechts. Zehnte Aufl. S. 166. not. 1.) voraussetzen: daß das Fr. 7. nicht die Privatwegegerechtigkeit, sondern vielmehr die via publica betreffe.



Gedruckt in der Paschkeschen Buchdruckerei zu Königsberg i. Pr.

